Das Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Konrad Engländer,
Kammergerichtsreferendar in Berlin.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1906.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535720_0054

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

Historischer Überblick 1

Erster Teil.

Die Bedeutung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger im allgemeinen.

Erstes Kapitel.

Die Erbenhaftung nach dem BGB. 4

Zweites Kapitel.

Zweck und Bedeutung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger 13

Zweiter Teil.

Die Form des Gläubigeraufgebots.

Dritter Teil.

Die Wirkungen des Gläubigeraufgebots.

Erster Abschnitt: Haftung des Alleinerben.

Erstes Kapitel.

Wirkung des Antrags auf Aufgebot.
Die aufschiebende Einrede des § 2015 BGB.

§ 1. Inhalt der Einrede; Voraussetzungen 24
§ 2. § 2015 gibt eine materiellrechtliche Einrede und hindert den Verzug des Erben 28
§ 3. Prozessuale Gestaltung. 37

Zweites Kapitel.

Wirkung des Ausschlußurteils.
A. Die Einrede des § 1973 BGB.

§ 1. Der „Überschuß" des Nachlasses und seine Berechnung unter Anwendung der Bereicherungsgrundsätze 46

Seite

§ 2. § 1973 BGB. ist keine Haftungsbeschränkung im technischen Sinne . 54
§ 3. Die „Herausgabe" des Überschusses 60
§ 4. Prozessuale Gestaltung 74

B. Die Rechtsstellung des ausgeschlossenen Gläubigers im übrigen . 89

Zweiter Abschnitt: Weitere Wirkung des Aufgebots bei Miterben.

Erstes Kapitel.

Wirkung des schwebenden Aufgebotsverfahrens auf das Rechtsverhältnis unter den Miterben.

Aufschub der Auseinandersetzung (§ 2045 BGB.) 93

Zweites Kapitel.

Wirkung des Ausschlußurteils auf die Art der Haftung der Miterben. Anteilmäßige Haftung (§ 2060 Ziff. 1 BGB.).

§ 1. Die Haftung der Miterben 94
§ 2. Formelle Besonderheiten des Gläubigeraufgebots bei Miterben; die nach § 2060 Ziff. 1 eintretende Teilhaftung 97
§ 3. Prozessuale Gestaltung 101

Literaturverzeichnis.

Behrend, Literaturbesprechung. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 30.

Bingner, Bemerkungen zu dem 2. Entwurfe eines BGB. Im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 5. 1895.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben. Teil 2 und 3. 1903, 1904.

Böhm, Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten nach BGB. Bei Gruchot Bd. 42 (zitiert: Böhm, Erbenhaftung).

Böhm, Erbrecht. 1900.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1901.

Daude, Das Aufgebotsverfahren. 1900.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB. (Guttentag.) 1896.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. 3. 1896 (zitiert: Dernburg, Lehrbuch).

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 2 1899; Bd. 5 1905 (zitiert: Dernburg, Erbrecht).

Drechsler, Über die Begriffe „Zivilprozeß" und „Rechtsstreit". Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 62.

Enneccerus-Lehmann, Erbrecht. 1901.

Eccius, Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten. In Gruchots Beiträgen 1899 Heft 4—6 (zitiert: Eccius).

Eccius, Literaturbesprechung. In Gruchots Beiträgen Bd. 44 S. 899 ff. 1900 (zitiert: Gruchot).

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 1903; Bd. 5 1900 (zitiert: Endemann, Erbrecht).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 26, 34, 38, 42 (zitiert: RG.).

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 1900.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. 4. 1897.

Frommhold, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Erbrecht. 1899.

Fuchs, Rechtsverfolgung gegen den Inventarerben. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 23.

Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung. 1904.

Gesetzsammlung für die königlich preußischen Staaten. 1879.

Hachenburg, Das bürgerliche Recht. Vorträge. 1900.

Hagen, Die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 6. 1901.

Hellmann, Besprechung von Strohal, Das deutsche Erbrecht. In der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 39 S. 212 f.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900 (zitiert: Hellwig, Anspruch).

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. Bd. 1. 1903 (zitiert: Hellwig, Lehrbuch).

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. 1901 (zitiert: Hellwig, Rechtskraft).

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. 1885.

Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts. Bd. 4. 1893.

Jäckel, Zwangsversteigerungsgesetz. 1901.

Jäger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs. 1898 (zitiert Jäger, Erbenhaftung).

Jäger, Konkursordnung. 1905 (zitiert: Jäger, KO.).

Juristenzeitung 1905.

Juristische Wochenschrift Bd. 24 1895; Bd. 26 1897; Bd. 29 1900 (zitiert: Jur. Wochenschrift).

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Erbrecht. 1900.

Küntzel, Strohals kritische Bemerkungen über das Erbrecht des BGB. In Gruchots Beiträgen Bd. 41.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1900.

Mayer-Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts. Bd. 2. 1902 (zitiert: Mayer-Reis, Erbrecht).

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Bd. 5. 1896.

Münchmeyer, Haftung des Erben und Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten. 1899.

Neumann, Handausgabe des BGB. Bd. 2. 1903.

Oetker, Konkursordnung. In Buchka-Oetker-Lehmann: ZPO., KO. und HGB. in alter und neuer Gestalt. 1899.

Pelargus, Das Erbrecht des BGB. 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Erbrecht von Ritgen. 1902 (zitiert: Planck-Ritgen).

Protokolle zum Entwurf des BGB. Bd. 5. 1898.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Bd. 2, 5, 6, 7, 9, 11 (zitiert: Rechtspr. d. Oberlandesger.).

Rosenmeyer, Die Rechtsstellung der Nachlaßgläubiger im Konkurse des Erben einschließlich des Nachlasses. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 32 S. 263 ff. 1903.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Bd. 5 von Herzfelder. 1904 (zitiert: Staudinger-Herzfelder).

Strohal, Das deutsche Erbrecht. Bd. 2. 1904.
Struckmann-Koch, Zivilprozeßordnung. Bd. 2. 1901.
Weißler, Das deutsche Nachlaßverfahren. 1900.
Wendt, Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. Im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 86 S. 353 ff.
Wilke, Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. 1898.
Wilke-Koffka-Reatz-Neumann, Das BGB. Erbrecht. 1900 (zitiert: Wilke-Koffka).
Wilmowski-Lewy, Zivilprozeßordnung. Bd. 2. 1895.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 3. 1901 (zitiert: Kipp).

„Wer hätte sich mit dem Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs beschäftigt und sich nicht grübelnd an den §§ 1973 und 1990 abgemüht!“

Dernburg, Vorwort zum „Deutschen Erbrecht.“

Einleitung.

Historischer Überblick.

Im alten Rom haftete der Erbe den Nachlaßgläubigern persönlich mit seinem ganzen Vermögen. Erst durch die von Justinian eingeführte Rechtswohltat des Inventars war er imstande, diese seine Haftung auf den Bestand des Nachlasses zu beschränken, wenn er nämlich in vorgeschriebener Weise ein Verzeichnis der Nachlaßgegenstände errichtete. Hatten mehrere Miterben sich in den Nachlaß zu teilen, so beschränkte sich nach dem Grundsatze „nomina ipso jure divisa sunt" die Haftbarkeit des einzelnen Erben auf den seiner Erbquote entsprechenden Teil. Überdies hatte der Erbe das Recht, ohne Unterschied Nachlaßgläubiger, ja selbst Legatare zu befriedigen, je nachdem sie sich meldeten, ohne daß er sich um irgend eine Reihenfolge zu kümmern brauchte. Es war dann Sache des zu spät kommenden Gläubigers, den Legataren das ihnen Gezahlte durch condictio wieder abzunehmen. An einer vollständigen Liste der Erbschaftsgläubiger und ihrer Forderungen konnte also dem Benefizialerben unter diesen Umständen wenig liegen.

Ganz anders mußte sich im deutschen Rechte die Haftung des Erben gestalten, da diesem Rechte die Auffassung, daß der Erbe die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers fortsetze und mit seinem ganzen Vermögen für dessen Schulden haften müsse, völlig fremd war. Hier haftete der Erbe nur insoweit, als er freies Vermögen vom Erblasser bekam, also nicht mit den Grundstücken, sondern nur mit der Fahrhabe. Waren statt eines Erben mehrere vorhanden, so trat die Person des einzelnen völlig zurück, da nach dem deutschrechtlichen Systeme der gesamten Hand nicht der einzelne Erbe, sondern die Gesamtheit der Erben in ihrer personenrechtlichen Gebundenheit den

Gläubigern gegenüberstand, und da ferner regelmäßig das ererbte Gut — namentlich bei Beerbung des Vaters durch die in seinem Haushalte vereinigten Familienglieder — so lange als möglich ungeteilt blieb.[1]) Erst im späteren Mittelalter entwickelte sich in einzelnen Territorien, namentlich in Süddeutschland und in der Schweiz, das Prinzip einer persönlichen Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach dem Satze: „Wer erbt, der zahlt".[2]) Und hier, in den deutschen Kantonen der Schweiz, hat sich zum Schutze des Erben eine Rechtseinrichtung herausgebildet, die eine überraschende Ähnlichkeit mit unserem heutigem Aufgebote der Nachlaßgläubiger zeigt, nämlich die sogen. „Rechnungsrufe" oder „Schuldenrufe".[3]) Neben dem Rechte, sich innerhalb einer Deliberationsfrist Klarheit über den Schuldenbestand des Nachlasses zu verschaffen und nötigenfalls seinen Verzicht auf die Erbschaft zu erklären, erhielt nämlich der Erbe die Möglichkeit, den Gläubigern des Nachlasses eine Frist zur Anmeldung ihrer Ansprüche zu bestimmen mit der Wirkung, daß er nach Übernahme der Erbschaft nur den angemeldeten Forderungen haftete, während die säumigen Gläubiger entweder ganz ausgeschlossen waren oder nur aus dem, was vom Nachlaß noch übrig geblieben war, Befriedigung verlangen konnten.

Aber nicht hier in diesem schweizerischen Schuldenrufe liegt der Ursprung unseres heutigen Aufgebots der Nachlaßgläubiger; vielmehr verdankt dieses seine Entstehung und Entwickelung der preußischen Gesetzgebung.[4]) Diese ging freilich, im Gegensatze zum römischen Rechte, davon aus, daß jeder Erbe kraft Gesetzes als Benefizialerbe zu behandeln sei, legte aber andererseits dem Erben die Verpflichtung auf, die Befriedigung der Nachlaßgläubiger nach der Rangordnung die ihnen für den Konkursfall gewährt war, vorzunehmen. Um nun „den Benefizialerben zu entlasten und eine materiell gerechte Verteilung

---

[1]) vgl. Heusler Bd. 1 S. 227 ff. Es bestand jedoch bereits in fränkischer Zeit — nicht erst im Mittelalter, wie Endemann, Erbrecht S. 471, meint — für den einzelnen Erben das Recht, Teilung zu verlangen; vgl. Heusler S. 231 und besonders S. 240 f.

[2]) vgl. Huber S. 671 Anm. 6.

[3]) vgl. Huber S. 673; Endemann, Erbrecht S. 384.

[4]) vgl. für das folgende Dernburg, Lehrbuch S. 646 ff., 661 ff.; derselbe, Erbrecht S. 462; Förster-Eccius S. 560 ff., 575 ff.

des Nachlasses unter die Nachlaßgläubiger zu bewirken",[1]) schuf das ältere preußische Recht den erbschaftlichen Liquidationsprozeß. Dieser begann mit dem Aufgebote der Nachlaßgläubiger unter Androhung eines Rechtsnachteils im Falle der unterlassenen Meldung, nämlich der Zurücksetzung hinter die angemeldeten Forderungen; dann folgte eine gerichtliche Prüfung und Feststellung der Forderungen und Vorrechte, und schließlich endete das Verfahren mit dem Prioritätsurteil. Die Verteilung des versilberten Nachlasses erfolgte regelmäßig durch einen gerichtlich bestellten Kurator.

Diese gerichtliche Mitwirkung zur Feststellung der Forderungen und Verwaltung des Nachlasses wurde beseitigt durch die preußische Konkursordnung vom 8. Mai 1855 (§§ 342 ff.), die an die Stelle des Liquidationsprozesses das Liquidationsverfahren setzte, welches nur in dem Aufgebote und dem Ausschlusse der nicht angemeldeten Forderungen bestand. Eine Weiterbildung erfuhr dieses Liquidationsverfahren durch das preußische Gesetz vom 28. März 1879 betr. die Zwangsvollstreckung gegen den Benefizialerben und das Aufgebot der Nachlaßgläubiger. Der unmittelbare Zweck des Gesetzes bestand darin, dem Erben durch Beantragung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger ein Mittel zu gewähren gegen die Zwangsvollstreckung, die etwa einzelne Nachlaßgläubiger wider ihn führten. Er konnte nach Eröffnung des Aufgebotsverfahrens für die Dauer dieses Verfahrens gemäß § 1 des Gesetzes die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung verlangen, welche wegen der vom Aufgebote betroffenen Ansprüche erfolgt war, bezw. die Aufhebung der inzwischen erfolgten Vollstreckungsmaßregeln. Die Wirkung des Ausschlusses im Aufgebotsverfahren war die, daß die nicht angemeldeten Ansprüche nur insoweit zur Befriedigung gelangten, als der Nachlaß durch die Befriedigung der angemeldeten Forderungen nicht erschöpft wurde (§ 10).

Dieses preußische Gesetz vom 28. März 1879 hat sich in der Praxis sehr bewährt; es bildet die Grundlage für die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über das Aufgebot der Nachlaßgläubiger.[2])

[1]) Dernburg, Lehrbuch S. 661.

[2]) Motive S. 643; Denkschrift S. 270.

Erster Teil.

Die Bedeutung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger im allgemeinen.

Erstes Kapitel.

Die Erbenhaftung nach dem BGB.

Die Beantwortung vieler Fragen des Erbrechts wird beeinflußt von der Stellungnahme zu der Frage von der prinzipiellen Art der Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. Haftet der Erbe nach Bürgerlichem Gesetzbuch für die Nachlaßverbindlichkeiten „prinzipiell beschränkt" d. h. nur mit dem Nachlasse, oder „prinzipiell unbeschränkt", d. h. sowohl mit dem Nachlasse als mit seinem eigenen Vermögen? Hierüber hat sich eine berühmte Kontroverse entsponnen. Und dieser Streit ist kein müßiger, wie Planck-Ritgen (S. 365, 369) meint; es ist nicht nur ein Streit über die juristische Konstruktion, der zu Verschiedenheiten in der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen nicht führt, nicht nur ein theoretischer oder terminologischer Streit.[1]) Vielmehr ist die Feststellung der Art der grundsätzlichen Erbenhaftung von Wichtigkeit für die Beurteilung verschiedener bedeutender Fragen, z. B. der Frage der Behauptungspflicht[2]) und der

---

[1]) So Endemann, Erbrecht S. 395 Anm. 18; Wilke-Koffka S. 37.

[2]) Bei grundsätzlich beschränkter Haftung müßte die Begründung der Klage des — die persönliche Haftung in Anspruch nehmenden — Nachlaßgläubigers die Behauptung enthalten, daß der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt hafte; fehlte dies in der Klagebegründung, so müßte, selbst wenn im übrigen das Vorbringen des Klägers den Klagantrag rechtfertigte, im Versäumnisverfahren die Klage abgewiesen werden. Dagegen muß bei grundsätzlich unbeschränkter Haftung

Beweislast, für die Behandlung einzelner Vorschriften auf dem Gebiete der Erbenhaftung, namentlich auch für die Auffassung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger,[1]) seinem Wesen und seiner Wirkung nach.[2]) Es soll daher die Stellungnahme zu der Frage nach der im Gesetz enthaltenen grundsätzlichen Art der Erbenhaftung den weiteren Erörterungen über das Institut des Gläubigeraufgebots vorangehen und die Grundlage für die späteren Betrachtungen bilden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten in den §§ 1967 ff. geregelt; in § 1967 spricht es zunächst kurz und bündig aus: „Der Erbe haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten". Was bedeutet nun dieser Satz?

Haften heißt Einstehenmüssen für eine Verbindlichkeit. Prinzipiell und normalerweise muß jede Person für diejenige Verbindlichkeit *voll* einstehen, deren Subjekt sie ist. Man spricht hier von Haftung schlechthin oder von einer *persönlichen*, richtiger[3]) *unbeschränkten* Haftung. Aber es gibt auch Fälle, in denen das Einstehenmüssen für eine Verbindlichkeit gemindert ist, Fälle beschränkter Haftung.

Diese Minderung der Haftung kann in doppelter Richtung eintreten,[4]) nämlich

1. *als quantitativ beschränkte* Haftung, d. h. Haftung mit dem ganzen Vermögen, aber nur bis zu einem bestimmten Höchstbetrage; so haften z. B. bei der Kommanditgesellschaft die Kommanditisten bis zur Höhe ihrer festgesetzten Einlage.

2. *als sachlich beschränkte* Haftung. Hier muß zwar das Subjekt der Verbindlichkeit für diese in ihrer ganzen Höhe einstehen,

---

der beklagte Erbe die beschränkte Haftung im Wege der Einrede (im prozessualen Sinne) geltend machen.

[1]) Wäre nicht eine Ausschließung einzelner Nachlaßgläubiger im Aufgebotsverfahren überflüssig oder mindestens entbehrlich, wenn der Erbe ohnehin sämtlichen Nachlaßgläubigern nur beschränkt haftete?

[2]) Immerhin braucht man die Sache nicht so tragisch zu nehmen, wie *Münchmeyer* (S. 54), der entsetzt ausruft: „Die Unklarheit des Gesetzes und der Streit über die Haftung der Erben drohen für den Erben werdenden Deutschen zum grauenvollen Verhängnis zu werden!"

[3]) Auch bei der im folgenden unter Ziff. 1 genannten quantitativ beschränkten Haftung haftet der Schuldner persönlich.

[4]) vgl. *Dernburg*, Bürgerl. Recht Bd. 2 S. 13; *Hellwig*, Lehrbuch S. 225 f.

aber es braucht nicht mit seinem ganzen Vermögen, sondern nur mit einem oder einzelnen Teilen desselben einzutreten. Diese Art Haftung wird u. a. bei dem Einstehen des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten praktisch.

Das Gesetz spricht also im § 1967 nur aus, daß der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet, ohne irgendwie die Frage zu berühren, wie er haftet.[1]) Haften kann er entweder unbeschränkt oder beschränkt (im Sinne der Ziff. 2), und das Bürgerliche Gesetzbuch kennt sowohl den einen wie den andern Fall. Zuweilen hat der Erbe für die Verbindlichkeiten des Erblassers nicht nur mit dessen Vermögen (Nachlaß) sondern auch mit seinem eignen Vermögen einzustehen; zuweilen haftet der Erbe nur mit dem auf ihn gekommenen Nachlaß, während sein eigenes Vermögen dem Zugriffe der Nachlaßgläubiger nicht unterliegt.

Die Frage ist nun die: Hat das Bürgerliche Gesetzbuch diese letzteren Fälle der Haftung nur mit dem Nachlasse als das Prinzip, als die allgemein geltende Regel aufgestellt, oder aber sind diese Fälle — dem alten beneficium inventarii entsprechend — nur eine besondere Vergünstigung des Erben, während der regelmäßige Fall der ist, daß er für die Verbindlichkeiten des Erblassers auch mit seinem eignen Vermögen haftet? Oder mit anderen Worten: Haftet der Erbe prinzipiell beschränkt oder prinzipiell unbeschränkt?

Zunächst ist festzustellen, daß die eine Meinung unter der von ihr verteidigten grundsätzlich beschränkten Haftung eine solche versteht, die von vornherein nur den Nachlaß trifft, ohne daß der Erbe Sicherungsmaßregeln zum Schutze seines Privatvermögens zu ergreifen braucht, während die gegnerische Ansicht die unbeschränkte Haftung in dem Sinne faßt, daß der Erbe zunächst sowohl mit dem Nachlasse als mit dem eigenen Vermögen den Nachlaßgläubigern haftbar ist, daß er aber seine Haftung unter gewissen Voraussetzungen und mit Hilfe gewisser Maßnahmen auf den Nachlaß beschränken kann.[2])

---

[1]) So auch Binder, Teil 2 S. 84. — Man wird Dernburg nicht beipflichten können, wenn er meint (Erbrecht S. 457), daß aus dieser Gesetzesbestimmung allein und vor allem die prinzipiell beschränkte Haftung folge; vgl. aber auch die Worte der Denkschrift auf S. 12 Anm. 1 dieser Arbeit.

[2]) Eine nahezu erschöpfende Gegenüberstellung der Vertreter beider Ansichten bietet Binder Teil 2 S. 61 Anm. 53, sowie Dernburg, Erbrecht S. 457.

Man muß, um die Frage: „Ist die Erbenhaftung prinzipiell beschränkt oder unbeschränkt?“ zu beantworten, von der Untersuchung ausgehen, welche Rechtsfolgen der Tod einer Person (Erbfall) nach sich zieht. Nach § 1922 BGB. geht in diesem Falle das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf eine andere Person über. Unter „Vermögen“ einer Person versteht man den Inbegriff der wirtschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten dieser Person. Jedes Recht bezw. jede Verbindlichkeit stellt eine Beziehung eines Menschen zu anderen Menschen oder zu Gegenständen dar. Die eine Seite aller dieser Beziehungen war bisher mit dem Erblasser verknüpft. Andererseits hatte auch der Erbe ein Vermögen, also einen Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten, d. h. von Beziehungen zu anderen Menschen oder Gegenständen, deren eine Seite sämtlich in ihm vereinigt war. Wenn nun das Gesetz sagt, daß das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf den Erben übergehen soll, so kann dies nichts anderes bedeuten, als daß die eine Seite dieser beiderseitigen sämtlichen Beziehungen sich nunmehr im Erben vereint. In diesem Sinne bewirkt daher der Erbfall eine Verschmelzung zweier, bisher verschiedenen Personen gehöriger Vermögen in einer Hand, zu einem einheitlichen Vermögen.

Durch den Erbfall ist also der Erbe Subjekt nicht nur sämtlicher Rechte, sondern auch sämtlicher Verpflichtungen des Erblassers geworden.[1]) Es gibt nicht mehr zwei Vermögen, sondern nur noch eins, und da zu dem Vermögen ebensogut die Passiva wie die Aktiva gehören, so ist der Herr des gemeinsamen Vermögens naturgemäß auch Subjekt der Passiva.[2]) Es kann daher der Erbe nicht mit einem Sondervermögen für Sonderverpflichtungen einstehen, weil es ja in diesem Augenblicke weder ein Sondervermögen noch Sonderverpflichtungen gibt; vielmehr haftet er mit dem gesamten, verschmolzenen Vermögen für sämtliche Verpflichtungen; er haftet also unbeschränkt.

---

[1]) In Betracht kommen selbstverständlich nur diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, die ihrer Natur nach vererblich sind.

[2]) Auf die streitige Frage, ob die Nachlaßverbindlichkeiten als Bestandteile oder als Lasten des Nachlasses aufzufassen sind, und ob dementsprechend bei der zweiten Alternative ihr Übergang auf den Erben nur die sekundäre Folge des Überganges des Vermögens ist, braucht hier nicht eingegangen zu werden; vgl. hierzu z. B. Hellwig, Rechtskraft S. 310 ff.; Deruburg, Bürgerliches Recht Bd. 1 S. 317, Erbrecht S. 22 A. 3; Binder Teil 2 S. 7 ff.

Indessen, das Bürgerliche Gesetzbuch kennt Fälle, in denen der Erbe doch nur mit dem Nachlasse haftet (§§ 1975, 1990 ff.). Wie verträgt sich diese Möglichkeit mit dem oben genannten Grundsatze des § 1922, nach welchem es mit dem Erbfalle Sondervermögen und Sonderverpflichtungen überhaupt nicht mehr gibt? Die Erklärung ist folgende: Zunächst ist allerdings, wie ausgeführt, durch den Erbfall eine vollständige Vermögensverschmelzung in genanntem Sinne eingetreten. Diese Vereinigung kann aber in besonderen, vom Gesetz zugelassenen Fällen wieder gelöst werden, und zwar — das ist das besondere Wichtige dieser Fälle — mit rückwirkender Kraft. Wird nämlich auf Antrag des Erben oder eines dazu befugten Nachlaßgläubigers Nachlaßverwaltung angeordnet bezw. Nachlaßkonkurs eröffnet (§ 1975), oder schützt sich der Erbe gegenüber dem Anspruche eines Nachlaßgläubigers durch die Einrede des § 1990 BGB., so zerfällt das vereinigte Vermögen wiederum in seine beiden Bestandteile; es tritt eine Scheidung zwischen dem Vermögen des Erben und dem Nachlasse ein und zwar derart, daß die im Augenblicke des Erbfalls durch Konfusion untergegangenen Rechtsverhältnisse ex tunc wiederaufleben. Wenn nun auch Subjekt beider Vermögen der Erbe bleibt, so gibt es doch jetzt Sondervermögen mit Sonderverpflichtungen, und es lasten die Verbindlichkeiten des Erblassers bezw. des Erben nur auf den entsprechenden Vermögensmassen. Der Erbe haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten nunmehr mit dem Nachlasse, also beschränkt. Es besteht somit, trotz der zunächst erfolgten Verschmelzung der Vermögensmassen und der daraus sich ergebenden unbeschränkten Haftung, die — besonders für den Erben wichtige — Möglichkeit, eine Trennung des Nachlasses vom Erbenvermögen herbeizuführen und damit die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten auf den Nachlaß zu beschränken. Daher wird die ursprünglich bestehende unbeschränkte Haftung richtiger eine beschränkbare genannt.[1]) Dies gilt umsomehr deshalb, weil das Gesetz selbst den Ausdruck „unbeschränkte Haftung“ verwendet, und zwar in einem vollständig abweichenden Sinne. Es spricht nämlich in den §§ 1994 Abs. 1 Satz 2, 2000 Satz 3 und 2005 Abs. 1 von dem Eintritt einer „unbeschränkten Haftung“ des Erben. Aus dieser Formulierung wird häufig von den Vertretern der Ansicht von der prinzipiell beschränkten

[1]) So z. B. von Strohal S. 202; Staudinger-Herzfelder S. 118.

Haftung die Schlußfolgerung gezogen, daß der Erbe vor dem Eintritt dieser unbeschränkten Haftung nur beschränkt hafte, daß also die beschränkte Haftung, nicht die unbeschränkte, das Primäre sei. Diese Schlußfolgerung ist jedoch übereilt und verfehlt. Denn der Sinn, den das Gesetz mit dem Ausdruck „unbeschränkte Haftung" verbindet, ist nicht der gewöhnliche, der uns vom römisch-gemeinen Rechte her geläufig ist. Wie das Gesetz diesen Ausdruck verstanden haben will, geht vielmehr aus der Vorschrift des § 2013 hervor: Haftet nämlich der Erbe unbeschränkt, so ist ihm nunmehr für immer die Möglichkeit entzogen, die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß durch Benutzung der ihm gewährten Rechtsbehelfe herbeizuführen.

„Unbeschränkte Haftung" im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs bedeutet demnach „unbeschränkbare, definitiv unbeschränkte Haftung".[1]) Wir haben also zu unterscheiden den Ausdruck „unbeschränkte Haftung" im bisher üblichen Sinne, d. h. im Sinne des römischen Rechtes, und im neuen Sinne, d. h. im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs, als „unbeschränkbare Haftung". Beiden Bedeutungen begegnen wir in den verschiedenen Stadien der Erbenhaftung. In dem Augenblicke, wo jemand Erbe wird, haftet er nicht nur nach römischem Rechte, sondern — wie bereits gezeigt ist — auch nach heutigem bürgerlichen Rechte für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt, aber beschränkbar. In diesem Sinne faßt unser Gesetzgeber den Begriff „unbeschränkte Haftung" nirgends. Wenn dann der Erbe z. B. durch Versäumung der Inventarfrist nach § 1994 BGB. unbeschränkt haftet, so ist dies eine definitiv unbeschränkte, also unbeschränkbare Haftung. Dieser und kein anderer ist der Sinn, den sowohl das Bürgerliche Gesetzbuch als auch die Zivilprozeßordnung mit dem Ausdrucke „unbeschränkte Haftung" verbinden.

Das beste Argument für die Richtigkeit dieser letzten Behauptung scheint uns nicht im Erbrechte, sondern im allgemeinen Teile des BGB. zu stehen. Es ist dies nämlich § 185 Abs. 2. Daß hier der Ausdruck „unbeschränkte Haftung" nicht in dem ersten Sinne, sondern nur in dem zweiten, als „unbeschränkbare Haftung" zu fassen ist, ist

[1]) vgl. hierzu besonders Strohal S. 195 f.; Staudinger-Herzfelder S. 121; Dernburg S. 459.

zweifellos. Denn sonst käme man zu folgender eigentümlicher Konsequenz:

Der Erbfall tritt ein: die vom Nichtberechtigten getroffene Verfügung wird wirksam. Auf Antrag des Erben wird Nachlaßverwaltung angeordnet: die Verfügung wird unwirksam. Wegen ungenügender Masse wird die Nachlaßverwaltung wieder aufgehoben: die Verfügung wird wieder wirksam. Ein Gläubiger klagt, und der Erbe wehrt sich gemäß den §§ 1990, 1991 BGB.: die Verfügung wird wieder unwirksam. Ein unmögliches Resultat!

Einige weitere Argumente[1]) mögen noch die hier vertretene Ansicht der prinzipiell unbeschränkten, d. h. beschränkbaren Erbenhaftung verstärken:

1. Der Erbe darf über den Nachlaß frei verfügen. Dies ergibt sich einmal aus § 1984 BGB. (vgl. Motive S. 625), andererseits ist es selbstverständlich, weil ja durch den Erbfall aus Nachlaß und Erbenvermögen ein einheitliches Vermögen entsteht, über welches zu verfügen dem Subjekt dieses Vermögens freisteht. Würde der Erbe von vornherein nur beschränkt mit dem Nachlasse haften, so wäre die Gewährung dieser Verfügungbefugnis jedenfalls höchst bedenklich, wie sie denn auch im Falle der Anordnung der Nachlaßverwaltung bezw. der Eröffnung des Nachlaßkonkurses dem Erben entzogen wird.

2. Zufolge der §§ 781, 784 ZPO. können — nach Annahme der Erbschaft (§ 778 ZPO.) — einerseits Nachlaßgläubiger in das Vermögen des Erben die Zwangsvollstreckung führen,[2]) andererseits Privatgläubiger des Erben in den Nachlaß. Wie wollen dies die Vertreter der grundsätzlich beschränkten Haftung erklären?

3. Ferner muß nach der positiven Vorschrift der §§ 780, 781, 785 ZPO.[3]) der Erbe regelmäßig — einige Ausnahmen enthält § 780 Abs. 2 ZPO. — die beschränkte Haftung als den Ausnahmefall, das Sekundäre durch Einrede im Prozeß und Einwendungsklage in der

---

[1]) Die hier vorgebrachten Argumente sind der umfangreichen Literatur entnommen und finden sich fast bei sämtlichen Schriftstellern; es muß daher auf Literaturangaben im einzelnen verzichtet werden.

[2]) Dies folgt auch per argumentum e contrario aus § 778 Abs. 1 ZPO.

[3]) vgl. auch das Zitat aus der Denkschrift auf S. 12 Anm. 1 dieser Arbeit.

Zwangsvollstreckung geltend machen; unterläßt er dies, so ergreift die Zwangsvollstreckung des Nachlaßgläubigers auch sein Privatvermögen, und er hat keine Möglichkeit mehr, die gepfändeten Gegenstände seines Privatvermögens dem Zugriffe des Nachlaßgläubigers zu entziehen; er haftet in diesem Falle also dem Nachlaßgläubiger nicht bloß mit dem Nachlasse, sondern auch mit seinem Privatvermögen.[1])

Wir kommen somit zu folgendem Resultat:

Der Erbe haftet ursprünglich beschränkt, aber beschränkbar, d. h. er kann auf Grund gewisser Maßregeln oder Tatsachen seine Haftung in eine beschränkte verwandeln, nämlich auf Grund der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung des Nachlaßkonkurses (§§ 1975 ff. BGB.) und auf Grund der Einrede der Unzulänglichkeit des Nachlasses (§§ 1990 ff. BGB.). Die Beschränkung der Haftung wirkt, wie dies bei ihrer Natur — Trennung des den Nachlaßgläubigern nunmehr allein haftenden Nachlasses vom Erbenvermögen — selbstverständlich ist, gegenüber allen Nachlaßgläubigern.

Dieser Möglichkeit der Beschränkung der Haftung kann jedoch der Erbe verlustig gehen. Er kann die Beschränkbarkeit der Haftung verlieren, sodaß er dann unbeschränkbar, definitiv unbeschränkt haftet. Diese definitiv unbeschränkte Haftung tritt ein

a) allen Gläubigern gegenüber in den Fällen der §§ 1994, 2005 BGB.

b) einzelnen Gläubigern gegenüber gemäß §§ 2006 BGB.,

---

[1]) Vielleicht gibt einen Hinweis auch noch folgende Gesetzesvorschrift: Nach § 1137 BGB. kann, wenn Grundstückseigentümer und Hypothekengläubiger auseinanderfallen, im Falle des Todes des persönlichen Schuldners der Eigentümer sich nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Schuld „nur" beschränkt haftet. Dieses „nur" gibt bloß dann einen Sinn, wenn man eine prinzipiell unbeschränkte, beschränkbare Haftung annimmt, und wäre sonst überflüssig und mißverständlich. Denn „nur" bedeutet immer etwas Unerwartetes, eine Einschränkung von der Regel. Wenn wir von einem Kaufmanne sagen, sein Geschäft habe nur 1000 Mk. jährlichen Umsatz, so geben wir damit zu erkennen, daß wir erwartet haben, es hätte mindestens (x+1) 1000 Mk. Umsatz, und daß uns der vorgefundene Zustand als etwas Anormales erscheint. Das „nur" bedeutet mithin stets eine Umschreibung für die Worte „nicht, sondern". Wenn also in § 1137 gesagt ist, daß der Eigentümer sich auf die Einrede des Erben nicht berufen kann, wenn dieser für die Schuld „nur beschränkt" haftet, so heißt dies eben, daß der Erbe im normalen Falle, d. h. im vornherein, nach dem Erbfalle, „nicht beschränkt, sondern unbeschränkt" haftet.

780, 781 ZPO., sowie infolge von Vereinbarung mit einem Gläubiger (Verzicht auf die Geltendmachung der Haftungsbeschränkung).[1])

[1]) Der Vollständigkeit halber seien die Hauptargumente der gegnerischen Ansicht, daß der Erbe von Gesetzes wegen nur beschränkt hafte, angeführt. Die Vertreter dieser Ansicht machen vor allem geltend: 1. Die Denkschrift zum BGB. (S. 263) sagt: „Der Entwurf geht davon aus, daß die Nachlaßgläubiger an sich nur ein Recht auf Befriedigung aus dem Nachlasse haben" . . . „Hiernach hat die Bestimmung, daß der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten hafte, zunächst nur eine Haftung mit dem Nachlasse im Auge". Nun wird allerdings, da dem Erben normalerweise jederzeit freisteht, sich die Beschränkbarkeit seiner Haftung — noch ehe die Haftungsbeschränkung eingetreten ist — vorbehalten zu lassen, im praktischen Leben die beschränkte Haftung mit dem Nachlaß das Häufigere, Regelmäßige sein, und es ist mit Staudinger-Herzfelder (S. 119) zu sagen, daß diese Worte mehr hinsichtlich der praktisch beabsichtigten Wirkung als hinsichtlich des grundsätzlichen Standpunktes die Vorschriften charakterisieren wollen; jedenfalls spricht diese Stelle nicht unbedingt für die prinzipiell beschränkte Erbenhaftung Im Gegenteil; die Denkschrift läßt sich sogar für die Richtigkeit der Ansicht von der unbeschränkten Haftung verwerten, denn sie sagt unmittelbar darauf (S. 263): „Es ist Sache des Erben, diese Beschränkung seiner Haftung im Wege der Einrede gegen die einzelnen Nachlaßgläubiger geltend zu machen." Schließlich aber ist noch zu bedenken, daß man sich zur Lösung eines so schwierigen Problems, wie es das der Erbenhaftung ist, nicht in dieser Weise auf die Materialien stützen darf. Der Wert einer Denkschrift ist doch nicht etwa der einer authentischen Interpretation, sondern er ist „nur der gleiche, wie die Meinungsäußerung irgend einer, bei dem Zustandekommen des Gesetzes gänzlich unbeteiligten Privatperson" (Cosack Bd. 1 S. 42). „Man muß deshalb" wie Hellwig (Lehrbuch S. 305) treffend sagt, „den Mut haben, das Gesetz lediglich nach seinem Inhalt und nicht nach den Materialien zu interpretieren". 2. Weiter hat man (besonders Binder) als Beweis für die beschränkte Haftung die Art und Weise der Miterbenhaftung angeführt. (Auf die scharfsinnige Argumentation Binders Teil 3 S. 273 ff. hier genauer einzugehen, würde den Rahmen der Arbeit weit überschreiten. Ich muß mich daher darauf beschränken, das wesentlichste Gegenargument anzuführen). Demgegenüber ist aber vor allem zu betonen, daß nach der im BGB. durchgedrungenen deutschrechtlichen Anschauung, solange der Nachlaß noch ungeteilt ist, nicht der einzelne Erbe dem Gläubiger gegenübertritt, sondern die Gesamtheit der Miterben. Der Nachlaß bleibt zunächst als ein Sondervermögen bestehen. Da nun dem einzelnen Erben bis zur Teilung des Nachlasses gar kein Verfügungsrecht über die einzelnen ererbten Stücke zusteht, und er daher nicht in der Lage ist, sich die zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten erforderlichen Mittel aus dem Nachlasse zu verschaffen, so ist es ganz logisch, daß man ihn — sofern er nicht bereits definitiv unbeschränkt haftet — bis zur Teilung auch nicht mit seinem Privatvermögen heranziehen kann (vgl. Protokolle Bd. 5 S. 873). Erst nach der Teilung ändert sich die Rechtslage; jetzt erst bekommt der Miterbe die einzelnen ihm zukommenden Nachlaßstücke, und jetzt erst beginnt seine

Zweites Kapitel.

Zweck und Bedeutung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger.

Betrachten wir nun die verschiedenen Funktionen, die das Aufgebot im Rahmen der soeben begründeten unbeschränkten, aber beschränkbaren Haftung des Erben zu erfüllen hat.

Regelmäßig wird der Erbe von seinem Rechte, die verschmolzenen Vermögensmassen zu trennen und damit seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken, nur dann Gebrauch machen, wenn „der Nachlaß unzulänglich erscheint oder die Lage der Erbschaft verwickelt ist" (Denkschrift S. 269). Als wesentlicher Faktor kommt hierbei die Höhe des Schuldenbestandes der Erbschaft in Betracht. Während nun der Erbe in der Lage ist, den Aktivbestand des Nachlasses durch Errichtung eines Inventars festzustellen, gilt nicht das gleiche von der Schuldenlast der Erbschaft. Häufig werden dem Erben die Namen, der Wohnort der Gläubiger, die Höhe ihrer Forderungen, ja überhaupt das Vorhandensein von Forderungen unbekannt sein, und doch ist gerade die vollständige Kenntnis aller sich gegen den Nachlaß richtenden Ansprüche die unerläßliche Grundlage für seine Entschließung, ob er die Verwaltung und Vereinigung des Nachlasses selbst in die Hand nehmen oder seine beschränkte Haftung geltend machen, insbesondere Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs beantragen will. Diese Grundlage für seine fernere Entschließung gewährt ihm das Aufgebot der Nachlaßgläubiger. Es bewirkt die Klarstellung der Belastung, die

---

Haftung als Einzelperson. Daher kann der § 2059 BGB., der sich einerseits aus Konstruktion der Erbengemeinschaft als Gemeinschaft zur gesamten Hand erklärt, und sich andererseits als Modifikation des Prinzips der gesamtschuldnerischen Haftung darstellt, als irgend ein Argument für die beschränkte oder unbeschränkte Haftung des Erben an sich überhaupt nicht verwertet werden. — In diesem Sinne sagen auch die Protokolle (Bd. 5 S. 875), das Recht, den Gläubiger auf den Erbteil zu verweisen (§ 2959 Abs. 1), sei ein von dem Recht auf Beschränkung der Haftung (dort „Inventarrecht" genannt) unabhängiges Recht. — vgl. hierzu noch Planck-Ritgen S. 219: „Das dem Miterben nach § 2059 Abs. 1 zustehende Recht deckt sich nicht dem Rechte auf Beschränkung der Haftung. Es ist vielmehr ein besonderer, von der Haftungsbeschränkung unabhängiger Rechtsbehelf, der seinen Grund in der Gemeinschaft der Miterben findet"; vgl. auch unten S. 94 ff. d. A. — 3. Wegen des der Formulierung der §§ 1994 Abs. 1 Satz 2, 2000 Satz 3 und 2005 Abs. 1 BGB. entnommenen Argumentes vgl. oben S. 9 dieser Arbeit.

Ermittelung des Schuldenbestandes der Erbschaft. Das Aufgebot dient hierdurch sowohl zur Vorbereitung [1]) des zu errichtenden als zur Ergänzung des errichteten Inventars. [2])

Um diesen Zweck des Angebots zu erreichen, wird denjenigen Gläubigern, die sich nicht melden, als Rechtsnachteil eine Verschlechterung ihrer Stellung gegenüber dem Erben und eine Zurücksetzung hinter die sich meldenden Gläubiger angedroht und zwar derart, daß die ausgeschlossenen Gläubiger — unbeschadet ihres Rechtes, vor den Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen berücksichtigt zu werden — Befriedigung nur aus dem Überrest verlangen können, der nach Abzug des den angemeldeten Forderungen gezahlten oder zurückzubehaltenden Betrages vom Nachlasse noch übrig bleibt (§ 995 ZPO.). Diesem Rechtsnachteil der ausgeschlossenen Gläubiger entspricht auf Seiten des Erben eine Einschränkung seiner Haftung gegenüber diesen Gläubigern, die im Wege der Einrede gemäß § 1973 BGB. von ihm geltend zu machen ist, und hierin liegt eine zweite Funktion des Aufgebots: es schafft die Voraussetzung für die Geltendmachung der Einschränkung der Haftung des Erben in Gemäßheit des § 1973 BGB. Mit dem Ausschlußurteil erhält der Erbe die Befugnis, die Befriedigung der ausgeschlossenen Gläubiger aus seinem übrigen Vermögen zu verweigern, also eine Einrede; er haftet, falls er von dieser Einrede Gebrauch macht, den ausgeschlossenen Gläubigern nur nach Bereicherungsgrundsätzen mit einem etwaigen Nachlaßüberschusse (§ 1973 Abs. 2 Satz 1 BGB.).

Hat der Erbe schon durch Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs oder gemäß § 1990 BGB. die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß herbeigeführt, so verbessert das nunmehr erst erlassene Aufgebot diese seine beschränkte Haftung; denn er haftet den ausge-

---

[1]) Nach dem 1. Entw. zum BGB. bildete umgekehrt die Inventarerrichtung die Voraussetzung für das Aufgebot; vgl. Motive S. 644; Protokolle S. 775 f.

[2]) Nach § 2001 BGB. sollen auch die Nachlaßverbindlichkeiten im Inventar vollständig angegeben werden; es erstreckt sich jedoch die durch rechtzeitige Inventarisierung begründete Vermutung des § 2009 BGB. nicht auf die Richtigkeit der Angaben über die Nachlaßschulden. Daß die Ermittelung der Höhe der Nachlaßpassiva auch abgesehen davon, daß sie die Grundlage für die späteren Entschließungen des Erben bildet, von größter Bedeutung für den Erben ist, ergibt sich aus § 1980 BGB.

schlossenen Gläubigern nur nach Maßgabe der Bereicherung, während er den übrigen nach den Regeln des Auftrags bezw. der Geschäftsführung ohne Auftrag haften muß (§ 1978 Abs. 1 BGB.).

Damit nun in der Zeit bis zur völligen Ermittelung des Schuldenbestandes, d. h. während der Zeit des schwebenden Aufgebotsverfahrens, eine Verminderung des Aktivbestandes der Erbschaft durch Zwangsvollstreckung in den Nachlaß seitens einzelner Gläubiger nicht eintritt, ist dem Erben das Recht gewährt, während der Dauer des Aufgebotsverfahrens die Befriedigung einzelner Gläubiger aus dem Nachlasse zu verweigern (§ 2015 BGB.); er kann eine Beschränkung der von den Gläubigern geführten Zwangsvollstreckung erwirken, nämlich eine Beschränkung der Zwangsvollstreckung auf Sicherungsmaßregeln wie zur Vollziehung eines Arrestes (§ 782 ZPO.).

Aber hiermit ist die Bedeutung des Aufgebots noch nicht erschöpft; es spielt eine weitere entscheidende Rolle in den Fällen, in denen nicht ein einzelner Erbe, sondern eine Mehrzahl von Personen als Erben — Miterben — vorhanden sind. Dann bietet das Aufgebot den Miterben die Möglichkeit, ihre grundsätzlich gesamtschuldnerische Haftung nach der Teilung des Nachlasses gegenüber den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubigern in eine ihren Erbteilen entsprechende, nur anteilmäßige Haftung umzuwandeln.

Der Zweck des Aufgebots, wie wir ihn soeben festgestellt haben, ist also insbesondere folgender:

A. primär:

Ermittelung des Schuldenbestandes der Erbschaft.

B. sekundär:

1. Verhinderung der endgültigen Befriedigung einzelner Nachlaßgläubiger aus dem Nachlaß während der Dauer des Aufgebotsverfahrens.

2. Herbeiführung einer Einschränkung der Haftung des Erben durch das Ausschlußurteil.

3. Umwandlung der gesamtschuldnerischen Haftung der Miterben in eine nur anteilmäßige gegenüber den ausgeschlossenen Gläubigern nach der Teilung.

Zweiter Teil.

Die Form des Gläubigeraufgebots.

Ehe wir auf die Wirkungen des Aufgebots der Nachlaßgläubiger im einzelnen eingehen, müssen wir in Kürze den Begriff des Aufgebots selbst feststellen und die Verfahrensvorschriften betrachten.

Nach § 946 ZPO. ist das Aufgebot eine öffentliche gerichtliche Aufforderung zur Anmeldung von Ansprüchen oder Rechten mit der Wirkung, daß die Unterlassung der Anmeldungen einen bestimmten angedrohten Rechtsnachteil zur Folge hat. Es handelt sich beim Aufgebotsverfahren also weder um die Entscheidung über streitige Rechtsverhältnisse, noch um die Verwirklichung von Ansprüchen auf Leistung, sondern um die Mitwirkung der Gerichte zu der Begründung, Veränderung und Aufhebung von Rechten. Das Aufgebotsverfahren ist demnach begrifflich, seiner juristischen Natur nach, der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuzählen.[1]) Im Sinne der Reichsjustizgesetze gehören jedoch die Aufgebotssachen zu den Rechtsstreitigkeiten, in den Kreis der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit.[2])

---

[1]) So Behrend S. 280; Struckmann-Koch S. 365; a. M. Drechsler S. 433.

[2]) vgl. Gaupp-Stein Bd. 2 S. 800 f. — Etwaige Lücken des neunten Buches der ZPO. sind also nicht aus dem Fr.GG., sondern aus dem GVG. und der ZPO. zu ergänzen. Wichtig ist die Feststellung z. B. für die Vorschriften über die Öffentlichkeit des gerichtlichen Verfahrens; wäre das Aufgebotsverfahren ein Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit, so könnte der Richter etwaigen, am Verfahren unbeteiligten Personen, z. B. dem Berichterstatter einer Zeitung oder einem Hypothekenmakler, die Anwesenheit im Gerichtssaale untersagen. Für die im Text vertretene Ansicht spricht besonders § 952 Abs. 1 ZPO.: „Das Ausschlußurteil ist in öffentlicher Sitzung — und zwar, wenn möglich, im Aufgebotstermine (§ 947 Ziff. 4 ZPO.) — auf Antrag zu erlassen."

Die Verfahrensvorschriften über das Aufgebot der Nachlaßgläubiger, die dem preußischen Gesetze vom 28. März 1879 nachgebildet sind (vgl. oben S. 3), sollten nach dem I. Entwurfe zum BGB. in den §§ 2021 ff. BGB. ihren Platz finden; die Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat sie jedoch ausgeschlossen und der Novelle zur Zivilprozeßordnung überwiesen.[1]) Dort sind sie enthalten in den §§ 989—1000 und ergänzen die allgemeinen Vorschriften über das Aufgebot in den §§ 946—959 ZPO.

Wir wollen im folgenden kurz untersuchen zunächst, wer antragsberechtigt ist, sodann, welche Gläubiger und inwieweit sie vom Aufgebote betroffen werden.

Zuständig für das Aufgebotsverfahren ist das Amtsgericht, dem die Verrichtungen des Nachlaßgerichtes obliegen (§ 990 S. 1 ZPO.), also in der Regel das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Erblasser zur Zeit des Erbfalls seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt hatte (vgl. §§ 72, 73 FrGG.). Sind diese Verrichtungen — auf Grund des § 147 Abs. 1 EGBGB. — einer andern Behörde als einem Amtsgerichte übertragen, so ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke die Nachlaßbehörde ihren Sitz hat (§ 990 S. 2 ZPO.).

Antragsberechtigt ist jeder Erbe, also sowohl Alleinerbe als Miterbe[2]) als Vorerbe als auch Nacherbe,[3]) sofern er nicht für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt, d. h. allen Gläubigern gegenüber unbeschränkbar haftet[4]); ferner ein Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter, Testamentsvollstrecker, wenn ihnen die Verwaltung des Nachlasses zusteht, der Erbe und der Testamentsvollstrecker aber erst nach der Annahme der Erbschaft (§ 991 Abs. 3 ZPO.).[5]) Ist eine Ehefrau die

---

[1]) Protokolle S. 777.

[2]) Der von einem Miterben gestellte Antrag kommt auch den andern Erben zu statten (§ 997 Abs. 1 S. 1 ZPO).

[3]) Vorerbe und Nacherbe haben zwar nebeneinander das Recht zur Stellung des Aufgebotsantrags; die Möglichkeit eines wiederholten Verfahrens wird jedoch durch die Bestimmung des § 998 ZPO. ausgeschlossen, daß der von dem einen gestellte Antrag dem andern zu statten kommt. vgl. entsprechend § 2144 Abs. 2 BGB.

[4]) vgl. aber auch bei Miterben § 997 Abs. 2 ZPO, sowie unten S. 97 d. A.

[5]) Ob Nachlaßverwalter und Testamentsvollstrecker, auch wenn der Erbe endgültig unbeschränkt haftet, das Aufgebotsverfahren beantragen können, ist streitig. Die Frage wird bejaht von Planck-Ritgen (S. 73) und Staudinger-

Erbin und gehört der Nachlaß zum eingebrachten Gute oder zum Gesamtgute, so kann sowohl die Ehefrau als der Ehemann das Aufgebotsverfahren beantragen, ohne daß die Zustimmung des andern Teils erforderlich ist.[1]) Das gleiche gilt, wenn der Nachlaß zum Gesamtgute gehört, auch nach der Beendigung der Gemeinschaft. Der von dem einen Ehegatten gestellte Antrag und das von ihm erwirkte Ausschlußurteil kommen auch dem andern Ehegatten zu statten (§ 999 ZPO.).[2]) Hat der Erbe die Erbschaft verkauft (§§ 2371 ff. BGB.) oder einen dem Erbschaftskauf verwandten Vertrag nach § 2385 BGB. abgeschlossen, so kann sowohl der Käufer bezw. der Vertragsgegner als der Erbe das Aufgebot beantragen. Auch hier kommen der von einem Teil gestellte Antrag und das von ihm erwirkte Ausschlußurteil — unbeschadet der Vorschriften des BGB. über die unbeschränkte Haftung — auch dem andern Teile zu statten (vgl. § 1000 ZPO.).

Der Antragsteller hat zugleich mit dem Antrage ein Verzeichnis der ihm bei Stellung des Antrags bekannten Gläubiger mit Angabe ihres Wohnortes einzureichen (§ 992 ZPO.); diesen soll das Aufgebot von Amts wegen zugestellt werden (§ 994 Abs. 2 ZPO.). Die Auf-

---

Herzfelder (S. 136), dagegen verneint von Strohal (S. 232 Anm. 2) und Dernburg (Erbrecht S. 464 Anm. 4). Der letzteren Ansicht dürfte der Vorzug zu geben sein; maßgebend ist, wie Strohal zutreffend hervorhebt, daß bei einem nach § 1970 BGB. erlassenen Aufgebote ein gemäß § 995 ZPO. den säumigen Nachlaßgläubigern angedrohter Rechtsnachteil im Falle der schlechthin unbeschränkten Erbenhaftung gemäß § 2013 Abs. 1 Satz 1 BGB. garnicht eintreten kann. Darauf, daß in § 2013 Abs. 1 Satz 1 BGB. nur die §§ 1973—75 nicht auch die §§ 1970—72 BGB. erwähnt sind, ist nicht — wie Planck-Ritgen es tut — ein so starkes Gewicht zu legen; vielleicht beruht diese Unterlassung in der Tat, wie Dernburg meint, nur auf einen Schreibfehler. Ein Aufgebot mit alleiniger Androhung der Rechtsfolgen des § 2060 Nr. 1 BGB. kann selbstverständlich auch bei schlechthin unbeschränkter Erbenhaftung von einem Nachlaßverwalter oder Testamentsvollstrecker beantragt werden; denn die Befugnis hierzu steht ja auch dem unbeschränkt haftenden Erben zu. vgl. §§ 2060 Nr. 1 BGB., 997 ZPO. und unten S. 97 d. A. — Besondere Vorschriften über das Antragsrecht der Ehegatten, falls der Nachlaß zum eingebrachten Gute der Ehefrau gehört, und des Erbschaftskäufers enthalten die §§ 999 und 1000 ZPO.

[1]) Voraussetzung ist natürlich, daß die Ehefrau nicht bereits definitiv unbeschränkt für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet. vgl. § 991 ZPO.

[2]) Diese letztere Vorschrift entspricht den §§ 997, 998 ZPO., 2008 Abs. 1 S. 3 BGB.

gebotsfrist soll höchstens sechs Monate betragen (§ 994 Abs. 1 ZPO.). Die Anmeldung einer Forderung hat die Angabe des Gegenstandes und des Grundes der Forderung unter Beifügung der urkundlichen Beweisstücke in Urschrift oder Abschrift zu enthalten; die Einsicht der Anmeldungen ist jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht (§ 996 ZPO.).

Hat der Erbe das Aufgebot beantragt, und tritt die schlechthin unbeschränkte Haftung ein, nachdem das Verfahren eingeleitet ist, so ist das Verfahren einzustellen [1]; erläßt das Gericht wegen nicht rechtzeitiger Kenntnis dieser Tatsache ein Ausschlußurteil, so ist dies nach § 2013 Abs. 1 Satz 1 BGB. unwirksam.

Das Aufgebotsverfahren, das nach § 1970 BGB. die Anmeldung der Nachlaßgläubiger zum Ziele hat, verliert seine praktische Bedeutung neben dem Nachlaßkonkurse (vgl. Motive S. 647), da dort die Ermittelung des Gläubigers besonders geregelt ist. Daher soll nach § 993 ZPO. das Aufgebot nicht erlassen werden, wenn die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragt ist, und es wird das bereits eingeleitete Aufgebotsverfahren durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beendigt.[2] Ein trotzdem ergangenes Ausschlußurteil unterliegt der Anfechtungsklage nach § 957 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO.[3]

Die in diesem Aufgebotsverfahren angemeldeten und nicht ausgeschlossenen Forderungen gelten als auch im Nachlaßkonkurse angemeldet, sofern der Konkurs bei demselben Gerichte anhängig wird, und das Aufgebotsverfahren nicht bereits vor der Konkurseröffnung ohne Erlassung eines Ausschlußurteils erledigt ist (vgl. § 229 KO.).

Das Aufgebot richtet sich an alle Nachlaßgläubiger ohne Unterschied, ob sie dem Erben bekannt sind oder nicht, ob ihre Forderungen fällig sind oder nicht; auch in das Inventar aufgenommene

[1]) vgl. Strohal S. 233; Planck-Ritgen S. 73; Dernburg, Erbrecht S. 464 Anm. 4; Böhm, Erbrecht S. 373; Gaupp-Stein Bd. 2 S. 834; a. M. Binder Teil 2 S. 113; Staudinger-Herzfelder S. 136.

[2]) Ein weiterer Grund ist, daß diejenigen Nachlaßgläubiger, die ihre Forderungen im Konkurse nicht angemeldet haben, gemäß § 1989 BGB. den ausgeschlossenen Gläubigern gleichstehen.

[3]) Die Anordnung einer Nachlaßverwaltung wird durch das schwebende Aufgebotsverfahren nicht gehindert.

sowie rechtshängige Ansprüche von Nachlaßgläubigern, ja selbst solche, über die der Gläubiger bereits ein rechtskräftiges Urteil erwirkt hat, müssen angemeldet werden.[1])

Was sind nun Nachlaßverbindlichkeiten? Das Gesetz bestimmt der Begriff in § 1967 und versteht darunter diejenigen Verbindlichkeiten, für welche der Erbe in seiner Eigenschaft als Erbe haftet. Es gehören hierzu:

1. die vom Erblasser herrührenden Schulden, natürlich nur, soweit sie vererblich sind;[2])

2. die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten, d. h. solche, die erst mit oder nach Eintritt des Erbfalls entstehen. Unter dieser Gruppe bezeichnet das Gesetz drei ausdrücklich, nämlich die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen.[3]) Außerdem sind z. B. hierher zu zählen: die Kosten der standesmäßigen Beerdigung des Erblassers (§ 1968 BGB.), der sogen. Dreißigste (§ 1969 BGB.), die Kosten der Eröffnung letztwilliger Verfügungen, die Kosten der Inventarerrichtung, des Nachlaßkonkurses, der Nachlaßverwaltung, des Gläubigeraufgebots.[4])

Diese sämtlichen Nachlaßverbindlichkeiten sind also im Aufgebotsverfahren anmeldepflichtig. Doch es bestehen hiervon einige Ausnahmen; es gibt gewisse Gläubiger, die von dem Aufgebote nicht betroffen werden. Es sind dies:

1. die Gläubiger des § 1971 BGB.: Pfandgläubiger, die ihnen im Konkurse gleichstehenden Gläubiger (vgl. § 49 KO.), also besonders Vermieter und Verpächter, ferner Gläubiger, die bei der Zwangs-

---

[1]) vgl. Motive S. 647; Planck-Ritgen S. 74; Staudinger-Herzfelder S. 137; Binder Teil 2 S. 114; Weißler S. 272; Küntzel S. 834; Rechtsspr. d. Oberlandesger. Bd. 5 S. 230. Bzgl. der Anmeldeverpflichtung für rechtskräftig zuerkannte Ansprüche ist a. A. Strohal (S. 235), der sich aber, wie er selbst zugibt, auf das Gesetz nicht stützen kann, sowie Mayer-Reis S. 244.

[2]) Strohal (S. 176) wählt für diese Schulden den Ausdruck „Erblasserschulden".

[3]) vgl. Protokolle S. 775. Diese Verbindlichkeiten sind erst durch das BGB. zu Nachlaßverbindlichkeiten gemacht worden.

[4]) vgl. Planck-Ritgen S. 68; Staudinger-Herzfelder S. 116; Strohal S. 176. Im Nachlaßkonkurse sind diese zuletzt angeführten Verbindlichkeiten Masseschulden (KO. § 224 Ziff. 2—6).

vollstreckung in Grundstücke ein Recht auf Befriedigung aus denselben haben (§ 10 ZVG.), Gläubiger, deren Ansprüche durch Vormerkung gesichert sind (§§ 883 ff. BGB.), und Gläubiger, die ein Aussonderungsrecht im Konkurse haben (§ 43 KO.).

Alle diese Rechte werden aber nur insoweit von dem Aufgebote nicht betroffen, als es sich um die Befriedigung aus den ihnen haftenden Gegenständen handelt. Dagegen stehen sie in Ansehung der Ausfallsforderung den gewöhnlichen anmeldepflichtigen Gläubigern gleich. Der Grund für die Ausschließung dieser Rechte wird, abgesehen davon, daß sie ja an und für sich schon dem Grundsatze der Öffentlichkeit unterliegen, in den Motiven (S. 648) treffend wiedergegeben: „Das Aufgebotsverfahren betrifft nur das rein obligatorische Gläubigerrecht. Das dingliche Recht, aus bestimmten Nachlaßgegenständen Befriedigung zu suchen, mag es akzessorischer oder selbständiger Natur sein, darf nicht vom Aufgebote betroffen werden, da das Aufgebot bestehende dingliche Rechte nicht beseitigen soll und kann. Aus dem letzteren Grunde ist die Beschränkung auch auf alle Absonderungsansprüche auszudehnen."

Die Vorschriften des § 1971 BGB. und überhaupt die Vorschriften über das Gläubigeraufgebot finden eine Ergänzung in den §§ 175 bis 179 des ZVG. Bei Vorhandensein von Rechten auf Befriedigung für eine persönliche Forderung aus einem zum Nachlasse gehörigen Grundstücke kann nämlich der Erbe das Maß seiner persönlichen Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten erst dann genau übersehen, wenn feststeht, ob und in welcher Höhe der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke erlangt. Um dem Erben eine solche Feststellung zu ermöglichen, gewähren ihm die §§ 175 ff. ZVG. das Recht, nach Annahme der Erbschaft die Zwangsversteigerung des Grundstücks zu beantragen.[1]) Dieses Recht hat aber der Erbe nur, sofern er für die die Nachlaßverbindlichkeit nicht bereits entgültig unbeschränkt haftet, und wenn der betreffende Nachlaßgläubiger nicht im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen ist (§ 175 Abs. 2 ZVG.). Der Grund des Verlustes des Antragsrechts im ersten Falle ist, daß der Zweck dieser Bestimmung

[1]) Das Recht hat ferner der Testamentsvollstrecker und der Nachlaßverwalter ein ausgeschlossener Nachlaßgläubiger hat es nicht (§ 175 Abs. 1 S. 2 ZVG. und § 991 ZPO.).

ebenso wie der Zweck der durch dieselbe ergänzten Vorschriften über das Aufgebot, gerade der ist, dem Erben die Entschließung darüber zu ermöglichen, ob er beschränkt haften will, und daß dieser Zweck naturgemäß entfällt, wenn der Erbe die Möglichkeit der Geltendmachung seiner beschränkten Haftung verliert. Ist andererseits der betreffende Nachlaßgläubiger im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen, so kann die Subhastation ebenfalls ihren Zweck — Ergänzung des Aufgebotsverfahrens — nicht mehr erfüllen, und außerdem ist jetzt für den Erben die Ermittelung des Ausfalls ohne Interesse, da er den Gläubiger auf den Überrest des Nachlasses verweisen kann.[1] [2])

Nicht betroffen werden ferner vom Aufgebote:

2. Pflichtteilsrechte, Vermächtnisse und Auflagen. Als Grund dafür geben die Protokolle (S. 774) an, daß „der Zweck des Aufgebots, dem Erben über die Passiven des Nachlasses zuverlässige Kenntnis zu verschaffen, hier entfalle, da der Erbe von diesen Verbindlichkeiten durch die Verkündung der letztwilligen Verfügung in ausreichender Weise Kunde erhalte".[3]) Ein weiterer Grund ist, daß diese Gläubiger doch den ausgeschlossenen Gläubigern nach § 1973

---

[1]) vgl. auch Binder Teil 2 S. 130; Dernburg, Erbrecht S. 469 Anm. 26.

[2]) Damit der Erbe in der Lage ist zu wissen, welche Ansprüche an ihn nach erfolgter Versteigerung des Nachlaßgrundstücks erhoben werden können, ist er berechtigt, denjenigen Realgläubigern die Befriedigung aus dem übrigen Nachlasse zu verweigern, die auf die Einrechnung ihrer Forderungen in das zulässige Mindestgebot nicht verzichtet haben (§§ 179, 174, 176 ZVG.); vgl. auch Jäckel S. 571. Diesen Gläubigern gegenüber bleibt das einmal begründete Einrederecht auch dann bestehen, wenn der Erbe nach der Versteigerung des Grundstücks die beschränkte Haftung verliert; vgl. Strohal S. 258; Binder Teil 2 S. 131; a. M. Weißler S. 284.

[3]) Dazu kommt noch, wie die Protokolle S. 775 ausführen, daß die Annahme der Erbschaft schon vor der Verkündung der Verfügung des Erblassers von Todes wegen erfolgen, und das Aufgebot sofort nach der Annahme beantragt werden könne. Unter diesen Umständen könne die Anmeldefrist leicht zum großen Teile abgelaufen sein, ehe Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigte erführen, daß sie beteiligt seien, und wenn sie es erführen, bestehe die Gefahr, daß sie das Aufgebot nicht beachtet hätten, weil sie sich zu der Zeit, zu welcher es bekannt geworden sei, nicht für beteiligt gehalten hätten. Die genannten Verbindlichkeiten unterschieden sich auch insofern von den übrigen Nachlaßverbindlichkeiten, als bei ihnen nicht selten der Entstehungsgrund erst nach dem Ablaufe der Anmeldefrist bekannt, z. B. ein Testament aufgefunden werde.

BGB., § 3 a des Anfechtungsgesetzes, sowie § 222 KO. (vgl. unten S. 51 Anm. 4) nachstehen. Im Falle des Vorhandenseins mehrerer Erben werden jedoch diese Gläubiger gut tun, ihre Ansprüche anzumelden; denn in Ansehung der Teilung der Haftung der Miterben erstreckt sich auch auf sie die Wirkung des Aufgebots (§§ 1972, 2060 Ziff. 1 BGB. — vgl. auch unten S. 98 d. A.).

3. diejenigen Gläubiger, denen der Erbe ausnahmsweise unbeschränkt haftet (§ 2013 Abs. 1 BGB.), z. B. wegen Verweigerung des Offenbarungseides (§ 2006 Abs. 3 BGB.) oder wegen Mangels des Vorbehalts im Urteil (§ 780 Abs. 1 ZPO.).[1] Es muß jedoch, wenn mehrere Erben vorhanden sind und nicht alle schlechthin unbeschränkt haften, die Anmeldung erfolgen, wenn die Ausschlußwirkung des § 1973 BGB. den noch nicht definitiv unbeschränkt haftenden Erben gegenüber vermieden werden soll.[2]

4. der Erbe bezw. die Erben selbst wegen ihrer Ansprüche gegen den Nachlaß, sofern der Erbe selbst der Antragsteller ist.[3] [4]

Die Stellung des Antrags auf Aufgebot ist an eine Frist nicht gebunden, jedoch knüft sich nur an einen innerhalb eines Jahre nach Annahme der Erbschaft gestellten Aufgebotsantrag die rechtliche Folge des § 2015 BGB.

---

[1]) vgl. auch Denkschrift S. 256.

[2]) vgl. Strohal, Erbrecht S. 236; Binder Teil 2 S. 115; Mayer-Reis S. 244; sowie unten S. 98 d. A.

[3]) Diese Frage ist nicht unbestritten. Die Ansicht des Textes findet sich in den Motiven S. 647, 648; ferner bei Planck-Ritgen S. 74; Strohal, Erbrecht S. 235; Binder Teil 2 S. 115; Weißler S. 273; Böhm, Erbrecht S. 374; Staudinger-Herzfelder S. 137; Mayer-Reis S. 244 Anm. 26; a. M. Wilke-Koffka S. 40. Hat ein Nachlaßverwalter das Aufgebotsverfahren beantragt, so werden diese Ansprüche des Erben nur unter der Voraussetzung vom Aufgebote betroffen, daß die Nachlaßverwaltung zu Zeit des Ausschlußurteils noch besteht; vgl. Strohal, Erbrecht S. 236; Staudinger-Herzfelder S. 137.

[4]) Daß Forderungen, die erst nach dem Ausschlußurteil entstehen, nicht anmeldepflichtig sind, ist selbstverständlich; das gleiche wird auch — vgl. Strohal S. 235 — von solchen Forderungen zu gelten haben, die so kurze Zeit vor Erlassung des Ausschlußurteils entstanden sind, daß dem Gläubiger die Anmeldung nicht mehr zugemutet werden konnte.

Dritter Teil.

Die Wirkungen des Gläubigeraufgebots.

Erster Abschnitt.

Haftung des Alleinerben.

Erstes Kapitel.

Wirkung des Antrags auf Aufgebot.

Die aufschiebende Einrede des § 2015 BGB.

§ 1.

Inhalt der Einrede; Voraussetzungen.

Der Erbe beantragt, wie wir gesehen haben, ein Aufgebot der Nachlaßgläubiger in erster Linie zu dem Zwecke, um über den Bestand der Schuldenmasse des Nachlasses Aufklärung zu erhalten. Denn die Höhe der Schuldenbelastung ist maßgebend für seine Entscheidung, ob er den Nachlaßgläubigern unbeschränkt, mit Nachlaß und Privatvermögen, haften oder seine Haftung durch die gesetzlich ihm gewährten Mittel auf den Nachlaß beschränken will. Während der Zeit, in der das Aufgebotsverfahren schwebt, besteht naturgemäß ein Zustand der Ungewißheit darüber, ob die Befriedigung der Nachlaßschulden aus dem vereinten Privaterbenvermögen und Nachlaß oder lediglich aus dem Nachlasse erfolgen werde. Die Absicht des Gesetzgebers ist es, dem Erben während dieser Zeit der Ungewißheit die Möglichkeit zu wahren, nach erlangter Kenntnis des Schuldenstandes der Erbschaft erforderlichenfalls die Beschränkung seiner Haftung herbeizuführen.

Wenn während dieser Zeit einzelnen Nachlaßgläubigern gestattet wäre, aus dem Bestande des Nachlasses oder aus dem Privatvermögen des Erben volle Befriedigung für ihre Forderung zu erlangen, so würde dadurch nicht nur dem Erben die Übersicht über den Nachlaßbestand erschwert und eine ruhige Überlegung der Frage, ob er beschränkte Haftung herbeiführen soll, unmöglich gemacht, sondern es würden unter Umständen auch die übrigen Nachlaßgläubiger benachteiligt werden, nämlich dann, wenn sich nachträglich herausstellt, daß die Aktivmasse des Nachlasses nicht zur Deckung sämtlicher Nachlaßschulden ausreicht. Es wäre in diesem Falle eine unbillige Bevorzugung einzelner Gläubiger, wenn sie vorweg volle Befriedigung aus dem Nachlasse erhielten, während die Mehrzahl der Nachlaßgläubiger, die ihre Forderung noch nicht geltend gemacht haben, sich infolge der vom Erben herbeigeführten beschränkten Haftung vielleicht mit Quoten ihrer Forderungen begnügen müßten. Es liegt daher einmal im Interesse des Erben, daß, solange noch nicht feststeht, ob sein Privatvermögen überhaupt zur Berichtigung der Nachlaßschulden herangezogen werden wird, eine Befriedigung von Nachlaßgläubigern aus diesem seinen Privatvermögen unterbleibt; und es liegt weiterhin sowohl im Interesse des Erben als auch der Gesamtheit der Nachlaßgläubiger, daß während der Zeit des schwebenden Aufgebotsverfahrens der Nachlaßbestand unversehrt erhalten bleibt, und eine Verringerung durch Befriedigung eines einzelnen Gläubigers nicht eintritt. Es genügt zur Erreichung der oben erwähnten Absicht des Gesetzgebers, wenn lediglich die gegen den Willen des Erben, also zwangsweise [1]) erfolgende Befriedigung eines einzelnen Nachlaßgläubigers aus den beiden vereinigten Vermögensmassen (Privatvermögen und Nachlaß) während der Schwebezeit unterbunden ist. Dagegen wäre es eine Unbilligkeit gegenüber dem klagenden Nachlaßgläubiger, dessen Anspruch an sich fällig und liquide ist, wenn der Gesetzgeber diesem Gläubiger die Sicherstellung seiner später vom Erben zu befriedigenden Forderung durch Beschlagnahme des Erbenvermögens versagen wollte. In der Gestattung einer solchen Sicherung liegt weder eine Härte gegen den Erben, noch auch

[1]) Nur eine solche Befriedigung im Zwangsvollstreckungswege kommt hier in Betracht; befriedigt der Erbe in der fraglichen Zeit freiwillig einen Nachlaßgläubiger, so finden bei später eintretender Beschränkung seiner Haftung die §§ 1979, 1980 BGB. Anwendung.

eine Benachteiligung der übrigen Nachlaßgläubiger, insbesondere für den Fall, daß sich später eine Überschuldung des Nachlasses herausstellt. Denn durch die Sicherstellung wird der Bestand des Nachlasses ja nicht gemindert, und wenn später Nachlaßkonkurs eröffnet wird, so steht doch dem betreffenden Gläubiger auf Grund der Vollstreckungsmaßregel ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus den gepfändeten Gegenständen nicht zu.[1])

Der Erbe andrerseits kann bei späterem Eintritt der Nachlaßverwaltung bezw. des Nachlaßkonkurses die Aufhebung der früheren Vollstreckungsmaßregeln erreichen, soweit sie Privatvermögensstücke ergriffen haben.[2])

Die gesetzliche Regelung, die einerseits den Interessen des Erben und der Gesamtgläubigerschaft, andererseits den Interessen der einzelnen, den Erben während der Schwebezeit in Anspruch nehmenden Nachlaßgläubiger gerecht wird, geht also dahin, daß zwar während der Schwebezeit eine Verringerung des Nachlaßbestandes durch zwangsweise Befriedigung seitens einzelner Nachlaßgläubiger verhindert wird, daß aber diesen Nachlaßgläubigern eine Sicherung für ihre Ansprüche gewährt wird. Sie ist, da das Interesse des Erben überwiegt, in der Form einer Einrede erfolgt, der sogen. „aufschiebenden Einrede" des § 2015 BGB., kraft deren er in der Schwebezeit bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens[3]) die Berichtigung jeder Nachlaßverbindlichkeit zu verweigern berechtigt ist.[4])

Voraussetzungen für dieses Einrederecht sind:

1. Der Erbe[5]) muß das Aufgebot innerhalb eines Jahres nach Annahme der Erbschaft[6]) beantragt haben, und der Antrag muß zu-

---

[1]) vgl. § 221 KO.

[2]) vgl. § 784 ZPO.

[3]) Der Beendigung stehen die in § 2015 Abs. 2 und 3 einzeln aufgezählten Ereignisse gleich; vgl. auch unten S. 28 d. A.

[4]) Auch ein Nachlaßpfleger, ein Nachlaßverwalter und ein den Nachlaß verwaltender Testamentsvollstrecker können sich der Einrede bedienen; vgl. Planck-Ritgen S. 148; Staudinger-Herzfelder S. 240; Strohal S. 231; Eccius S. 607.

[5]) bezw. der Nachlaßverwalter oder Testamentsvollstrecker.

[6]) Nach § 2017 BGB. beginnt diese Frist im Falle der Bestellung eines Nachlaßpflegers schon mit der Bestellung. — Die Berechnung der Fristen erfolgt nach den §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB.

gelassen sein. Hierdurch soll etwaigen Verschleppungen seitens des Erben vorgebeugt werden (vgl. Denkschrift S. 272).

2. Der Erbe darf noch nicht unbeschränkt haften (§ 2016 Abs. 1 BGB.,[1]) d. h. er darf nicht schon allen Gläubigern gegenüber die Möglichkeit der Beschränkung seiner Haftung verloren haben. Denn wenn er schließlich doch sämtliche Gläubiger voll befriedigen müßte, hätte der Aufschub keinen Sinn. Einzelnen Gläubigern gegenüber mag er definitiv unbeschränkt haften, z. B. infolge von Verweigerung des Offenbarungseides; dann bleibt ihm wenigstens noch den übrigen Gläubigern gegenüber das Recht, seine Einrede geltend zu machen.

3. Das Einrederecht versagt gegenüber den Gläubigern des § 1971 BGB., d. h. solchen Gläubigern, die und soweit sie auf Grund eines Absonderungs- oder Aussonderungsrechtes Befriedigung verlangen. Es ist jedoch die Einrede trotzdem statthaft, wenn das dingliche Sonderrecht erst nach dem Eintritte des Erbfalls im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung entstanden, oder durch eine erst nach diesem Zeitpunkte im Wege der einstweiligen Verfügung erwirkte Vormerkung erlangt worden ist (2016 Abs. 2 BGB.). Dies erklärt sich daraus, daß im Nachlaßkonkurse auf Grund eines derart erlangten Rechtes abgesonderte Befriedigung nicht verlangt werden kann (KO. § 221)[2]), und daß es also eine durch nichts gerechtfertigte Bevorzugung eines solchen Gläubigers wäre, wollte ihm das Gesetz die Durchführung der Zwangsvollstreckung gestatten.

4. Ferner versagt die Einrede gegenüber gewissen Verbindlichkeiten, bei denen es sich nicht um Leistungen aus dem Nachlasse handelt, so z. B. bei der Verpflichtung des Erben eines Beauftragten aus § 673 BGB., eines Gesellschafters aus § 724 BGB., bei den Alimentationsansprüchen des § 1963 BGB., dem Rechte des Dreißigsten aus § 1969 BGB.[3])

Unter Umständen ist der Erbe mit Rücksicht auf § 1978 BGB. sogar verpflichtet, von der Einrede Gebrauch zu machen. Unterläßt er dies und zahlt er während des Schwebens des Aufgebots einzelne an

---

[1]) Dies gilt auch für die Geltendmachung der Einrede durch den Nachlaßverwalter und Testamentsvollstrecker.

[2]) vgl. Denkschrift S. 256, sowie Eccius S. 608.

[3]) vgl. Strohal S. 228; Staudinger-Herzfelder S. 241; Binder Teil 2 S. 112, der irrtümlich den § 1961 zitiert; Planck-Ritgen S. 149.

ihn herantretende Forderungen, so ist er, wenn sich später eine Überschuldung des Nachlasses herausstellt, und infolgedessen Nachlaßkonkurs beantragt wird, den Gläubigern für den Schaden verantwortlich (§ 1978 Abs. 1 Satz 2 BGB.).[1])

Die Einrede besteht bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens. Als solche kommt nach § 952 ZPO. an sich nur die Erlassung eines Ausschlußurteils oder die Zurückweisung eines diesbezüglichen Antrags in Betracht. Da aber nach § 952 Abs. 4 ZPO. die sofortige Beschwerde nicht nur gegen die Ablehnung des Antrags auf Erlassung des Ausschlußurteils, sondern auch gegen etwaige dem Ausschlußurteile beigefügte Beschränkungen und Vorbehalte statthaft ist, so bestimmt § 2015 Abs. 3 BGB., daß sowohl im Falle der Erlassung eines Ausschlußurteils als im Falle der Zurückweisung des Antrags das Verfahren nicht vor dem Ablaufe einer zweiwöchigen Frist seit Verkündung der Entscheidung als beendigt anzusehen ist. Diese Frist entspricht der Beschwerdefrist, die nach § 577 Abs. 2 ZPO. im Falle des § 952 Abs. 4 ZPO. mit der Verkündung der Entscheidung beginnt. Ist die Beschwerde rechtzeitig eingelegt, so soll nach § 2015 Abs. 3 BGB. das Verfahren nicht vor deren Erledigung als beendigt gelten.

§ 2.

§ 2015 BGB. gibt eine materiellrechtliche Einrede und hindert den Verzug des Erben.

Über die Frage nach der Natur der Einrede des § 2015 BGB.[2]) und insbesondere über die Frage, ob diese aufschiebende Einrede den Verzug des Erben während der in § 2015 bestimmten Frist hindert, herrscht in der Literatur Streit. Es bestehen über diese Fragen zwei entgegengesetzte Ansichten, zu denen sich in letzter Zeit noch eine dritte, vermittelnde gesellt hat. Die herrschende Meinung[3]) steht im Anschluß

[1]) vgl. Staudinger-Herzfelder S. 171, 240; Planck-Ritgen S. 94; Wilke S. 13.

[2]) Die nachstehenden Ausführungen des Textes gelten in gleicher Weise für die Einrede des § 2014 BGB.; ebenso beziehen sich die folgenden Argumentationen von Eccius, Herzfelder und Müller auch auf diese Einrede.

[3]) vgl. Strohal, Erbrecht S. 228; Dernburg, Erbrecht S. 474; Böhm S. 402; Planck-Ritgen S. 147; Neumann S. 487 f.; Cosack S. 720; Frommhold S. 74; Gaupp-Stein Bd. 1 S. 698; Fischer-Henle S. 955; ferner Rechtspr. d. Oberlandesger. Bd. 2 S. 435.

an die Protokolle (S. 785 ff., 790; vgl. auch S. 744) und die Denkschrift (S. 272) auf dem Standpunkte, § 2015 sei eine materiellrechtliche aufschiebende Einrede und hindere, wie andere aufschiebende Einreden, den Verzug des Erben. Dieser Meinung ist zuerst Eccius und dann, ihm folgend Herzfelder entgegengetreten [1]); beide vertreten gerade die entgegengesetzte Anschauung, § 2015 sei keine materiellrechtliche, sondern eine prozessuale Einrede und hindere den Verzug des Erben nicht. Die dritte Ansicht ist in jüngster Zeit von Müller [2]) aufgestellt worden und geht dahin, daß die Einrede des § 2015 allerdings den Verzug des Erben nicht hindere, daß sie aber nichtsdestoweniger als materiellrechtliche zu gelten habe.

Ich habe kein Bedenken, mich der herrschenden Meinung anzuschließen [3]); sowohl die Ausführungen von Eccius und Herzfelder als auch die von Müller sind unzutreffend.

Die ersteren argumentieren so:

„Das Gesetz versteht unter dem Rechte zur Verweigerung der Leistung (§§ 202, 241 BGB.) etwas anderes als das Recht, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit zu verweigern (§ 2015 BGB.). Die Bedeutung dieser letzteren Worte wird durch § 782 ZPO. dahin klargestellt, daß der Erbe nur verlangen kann, daß für die Dauer der in § 2015 bestimmten Frist die Zwangsvollstreckung auf Arrestmaßregeln beschränkt werde. Die Fassung des § 2015 BGB. erscheint im Hinblick auf §§ 782, 783 ZPO. völlig belanglos. Der § 2015 BGB. gewährt dem Erben keine Einrede gegenüber der Forderung selbst, sondern nur das prozessuale Recht, die Durchführung der Zwangsvollstreckung hinauszuschieben. Der Anspruch des Nachlaßgläubigers auf Leistung bleibt unberührt. Diesem Anspruche steht keine Einrede entgegen, welche die Fälligkeit der Leistung hinausschiebt.

---

[1]) vgl. Gruchot, Beiträge Bd. 44 S. 899 ff.; Staudinger-Herzfelder S. 241; Juristenzeitung 1905 S. 61.

[2]) Juristenzeitung 1905 S. 685 ff.

[3]) Bei der Frage, ob § 2015 auf den Verzug des Erben einen Einfluß ausübt, muß man sich zunächst darüber klar sein, daß es sich nur entweder um die Verhinderung des Eintritts des Verzugs des Erben überhaupt oder aber um die Abschneidung weiterer Wirkungen eines bereits vorher eingetretenen Verzugs für die Zukunft handeln kann, niemals aber um die Beseitigung der einmal eingetretenen Folgen eines in der Person des Erblassers entstandenen Erfüllungsverzugs.

Die Einrede des § 2015 BGB. kann somit nicht als materiellrechtliche und den Verzug des Erben hindernde erachtet werden."

Ich möchte diesen Ausführungen folgendes entgegenhalten:

Der Begriff der Einrede nach bürgerlichem Rechte, der materiellrechlichen Einrede, ist der eines „Rechtes, eine geschuldete Leistung zu verweigern", sei es dauernd (peremptorische Einrede), sei es vorübergehend (dilatorische, aufschiebende Einrede). Während dieser Begriff im Bürgerlichen Gesetzbuch sehr häufig ist, finden wir im Gesetz selbst die ausdrückliche Bezeichnung eines Leistungsverweigerungsrechtes mit dem Worte „Einrede" nur in einzelnen wenigen Fällen.[1]) Zu diesen gehört vor allem die Zusammenfassung der hier in Frage stehenden Einrede des § 2015 mit der ihrer äußerlichen Fassung und ihrem Wesen nach gleichartigen Einreden des § 2014 BGB. unter der gemeinsamen Überschrift „Aufschiebende Einreden".[2]) Nun spricht allerdings das Gesetz hier nicht von einem „Rechte zur Verweigerung einer Leistung", sondern von dem „Rechte, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit zu verweigern". Aus dieser Fassung zu folgern, daß das Gesetz unter dem letzteren Rechte etwas anderes verstehe als ein Leistungsverweigerungsrecht, also keine materiellrechtliche Einrede, ist unzutreffend. Während nämlich das Gesetz im allgemeinen die Erfüllung einer Verbindlichkeit als „Bewirkung einer Leistung" (z. B. § 242, 320 ff. BGB.), das Einrederecht als „Recht, die Leistung zu verweigern (z. B. §§ 202, 222, 273, 320 ff. BGB.) bezeichnet, hat es im erbrechtlichen Teile eine andere Terminologie. Es verwendet hier entsprechend die Ausdrücke „Befriedigung eines Nachlaßgläubigers" (vgl. §§ 1975, 1981, 2059 Abs. 2 BGB.) und „Recht, die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers zu verweigern" (vgl. §§ 1973, 1990 BGB.) bezw. „Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit (vgl. 1979, 1985, 1986, 1991, 1992, 2046, 2047 BGB., sowie §§ 225 226, 228 KO.)[3]) und „Recht, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit zu verweigern" (vgl. §§ 2014, 2015, 2059 Abs. 1 BGB.). Dieser Terminologie bleibt das Gesetz durchgängig treu; der Ausdruck „Bewirkung einer Leistung" findet sich für die Erfüllung einer Nach-

[1]) vgl. z. B. §§ 202 Abs. 2, 771 BGB.

[2]) Die Bezeichnung „aufschiebende Einrede" findet sich im Gesetz nur an dieser Stelle.

[3]) vgl. auch §§ 1475, 1476, 1480, 1481 BGB.

laßverbindlichkeit durch den Erben nie. Daß aber das Gesetz, wenn es von einer „Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit" spricht, die von dem Erben zu bewirkende Erfüllung einer Verbindlichkeit meint, die ursprünglich der Erblasser schuldete, und die nun auf den Erben übergegangen ist, scheint mir doch außer jedem Zweifel. Der Erbe leistet eben jetzt dem Gläubiger, was ihm der ursprüngliche Schuldner, da er nicht mehr am Leben, nicht mehr leisten kann.[1]) Wenn daher das Gesetz dem Erben ein Recht gibt, die „Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit zu verweigern" so ist dieses Recht identisch mit einem „Rechte, die Leistung an den Gläubiger — der nunmehr Nachlaßgläubiger ist — zu verweigern". Die abweichende Formulierung dieser Einrede erklärt sich eben einmal daraus, daß das Gesetz überhaupt für die Leistung an Nachlaßgläubiger eine andere Terminologie wählt, und fernerhin daraus, daß diese Einrede nicht schon dem ursprünglichen Schuldverhältnisse anhaftet, in der Person des ursprünglichen Schuldners begründet ist, sondern erst in der Person des Erben entsteht infolge der veränderten Rechtslage, die der Erbfall mit sich gebracht hat. Für den Erben ist sie ein Leistungsverweigerungsrecht wie jedes andere. Es ist daher unrichtig, aus der abweichenden Ausdrucksweise, deren sich das Gesetz bei dieser erbrechtlichen Einrede bedient, einen Schluß auf den abweichenden Charakter der Einrede selbst ziehen zu wollen. Im Gegenteil, nachdem wir konstatiert haben, daß das Bürgerliche Gesetzbuch mit dieser Ausdrucksweise der im übrigen Erbrechte angewandten Terminologie folgt, müssen wir zu dem Ergebnis kommen, daß das Gesetz unter der Einrede des § 2015 genau dasselbe versteht, wie unter einem gewöhnlichen Leistungsverweigerungsrechte, nämlich eine materiellrechtliche Einrede.

Weiterhin führen Eccius und Herzfelder aus, für die Beurteilung dieser Einrede sei die Normierung ihrer Wirkung in §§ 782f. ZPO. entscheidend. Diese Wirkung sei nicht die einer materiellrechtlichen Einrede, sondern sei eine rein prozessuale Wirkung. Die Fassung der Einrede als einer materiellen Berechtigung sei belanglos neben den §§ 782f. ZPO.

---

[1]) Die Begriffe „Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit" und „Befriedigung eines Nachlaßgläubigers" decken sich; vgl. auch § 2059 BGB., wo beide Begriffe nebeneinander gestellt sind.

Nun läßt sich aber zunächst aus dem Umstande, daß die Wirkung einer Einrede nicht im Bürgerlichen Gesetzbuch, sondern in der Zivilprozeßordnung behandelt ist, nicht auf die prozeßrechtliche Natur der Einrede schließen. Die beiden Gesetze sind keineswegs so gefaßt, daß die Zivilprozeßordnung nur prozeßrechtliche, das Bürgerliche Gesetzbuch nur materiellrechtliche Normen enthielte. Sind doch gerade bei mehreren Einreden des bürgerlichen Rechtes, z. B. bei der Einrede des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 f. BGB.) und des nicht erfüllten Vertrages (§§ 320 f. BGB.), deren prozeßrechtliche Wirkungen und die Formulierung des Urteilstenors, also zweifellos prozeßrechtliche Fragen, im Bürgerlichen Gesetzbuch behandelt, während andererseits anerkanntermaßen die Zivilprozeßordnung verschiedene materiellrechtliche Vorschriften enthält.

Aber auch die Tatsache, daß der Einrede des § 2015 BGB. im Prozeß gemäß §§ 305, 782 ZPO. eine von den meisten andern aufschiebenden Einreden abweichende Wirkung zukommt, daß ihre Geltendmachung insbesondere eine Verurteilung des Erben nicht ausschließt, rechtfertigt keineswegs die Schlußfolgerung, daß diese Einrede eine prozeßrechtliche, keine materiellrechtliche sei. Man muß doch stets die materiellrechtlichen Normen für sich betrachten, ohne jede Bezugnahme auf die Art ihrer Durchsetzung im Wege des Prozesses. Der Charakter einer Einrede als einer materiellrechtlichen wird ihr durch die Rechtsnormen aufgeprägt, die die Einrede schaffen, durch das materielle Recht, nicht durch die Rechtsnormen, welche die Wirkung dieser Einrede für den besonderen Fall des Prozesses aussprechen. Der Prozeß ist im praktischen Leben als Ausnahmefall anzusehen; das Normale ist doch, daß die Parteien ihre Rechtsverhältnisse lediglich auf Grund des materiellen Rechts friedlich ordnen, und zwar entsprechend den materiellrechtlichen Wirkungen ihrer beiderseitigen Rechte. Die Wirkung eines Rechtes im Prozeß, wie sie sich insbesondere aus der Fassung des Urteils ergibt, zeigt lediglich die Geeignetheit dieses Rechtes — und zwar in der von der Partei vorgebrachten Form — für den Fall des Rechtsstreits, seine prozessuale Durchsetzungs- oder Widerstandskraft gegenüber dem gegnerischen Rechte, ist aber für die Beurteilung des unterliegenden Rechtes nicht entscheidend, weder für dessen materiellrechtliche Natur, noch sogar für dessen Existenz überhaupt. Denn das im Prozeß ergehende Urteil spricht nicht den Schlußsatz aus über materiellrechtliche

Ansprüche und Einreden, sondern über das prozessuale Gebilde der Klage und der ihr entgegenstehenden prozessualen Einwendungen. Mag daher der materielle Anspruch, der einer Klage zugrunde liegt, noch so existent und begründet sein, so wird trotzdem die Klage, wenn sie einen prozessualen Mangel zeigt (z. B. § 253 Abs. 2 ZPO.), abgewiesen, und der Urteilstenor bei einer derartigen Abweisung unterscheidet sich in keiner Weise von dem, der die Abweisung auf Grund eines nicht bestehenden materiellen Anspruchs ausspricht. Und während weiterhin nach bürgerlichem Rechte in dem Falle, daß einem Rechte, von einem anderen eine Leistung (Tun oder Unterlassen) zu verlangen, d. h. einem materiellrechtlichen Anspruche eine materiellrechtliche Einrede entgegensteht, d. h. das Recht, diese Leistung zu verweigern, die Existenz des Anspruchs durch die Existenz der Einrede nicht berührt wird, der materiellrechtliche Anspruch also, wenn auch als einredebehafteter, wirksam bestehen bleibt, behandelt das Prozeßrecht einen solchen Auspruch der Regel nach ebenso wie einen nichtbestehenden Anspruch, und es kommt zur Abweisung des Klägers. Der Urteilstenor allein läßt wiederum irgend einen Rückschluß auf das zugrunde liegende materielle Recht nicht zu. Und wenn gegen den Erben gemäß § 780 ZPO. eine Verurteilung unter Vorbehalt der Beschränkung seiner Haftung ergeht, so ist aus dem Urteil nicht zu erkennen, ob materiellrechtlich die Beschränkung der Haftung[1]) schon zur Zeit des Urteils bestanden hat, oder ob die Geltendmachung der Beschränkung der Haftung für die Zukunft vorbehalten ist, ob also die Haftung nur beschränkbar gewesen ist.

Diese Beispiele mögen genügen, um zu zeigen, daß die Wirkung der prozessualisch angewandten Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien, wie sie in der Urteilsformel zum Ausdruck kommt, irgend einen Rückschluß auf die materiellrechtliche Konstruktion der diesen Angriffs- und Verteidigungsmitteln zugrunde liegenden Rechte nicht ge-

---

[1]) Es kann allerdings nur eine Haftungsbeschränkung infolge Geltendmachung der Einrede des § 1990 BGB. hier in Frage kommen. Denn in den sonstigen Fällen ergeht bei bereits bestehender Haftungsbeschränkung das Urteil nicht gegen den Erben, da dieser nicht mehr passivlegitimiert ist, sondern gegen den Nachlaßverwalter bezw. Nachlaßkonkursverwalter; vgl. §§ 1984 Abs. 1 Satz 3 BGB., 12 KO., ferner auch §§ 240, 241, 246 ZPO. — vgl. hierzu unten S. 38 Anm. 1 dieser Arbeit.

stattet. Die von dem materiellen Recht geschaffenen Ansprüche und Einreden erhalten sowohl ihren Charakter als ihre materiellrechtlichen Wirkungen[1]) vom materiellen Rechte selbst und zwar ausschließlich von ihm; die im Prozeßrechte normierten äußerlichen Durchsetzungsformen dieser materiellen Rechte und die besondere ihnen im Prozeß eignende Wirkung ihrer prozessualen Verwendung sind für das Erkennen des Wesens dieser Rechte ohne Bedeutung. Wenn daher auch die in § 782 ZPO. normierte Wirkung der Einrede des § 2015 BGB. im Prozesse der Wirkung einer prozeßrechtlichen Einrede ähnelt, so hat doch diese prozessuale Wirkung auf den Charakter des im bürgerlichen Rechte als materielle Einrede gestalteten Leistungsverweigerungsrechtes keinen Einfluß; es läßt sich daraus trotzdem nicht der Schluß ziehen, daß § 2015 BGB. in der Tat eine prozeßrechtliche, keine materiellrechtliche Einrede sei.

Damit fällt aber auch die weitere Folgerung von Eccius und Herzfelder, daß die Einrede des § 2015, da sie nicht dem Anspruche des Gläubigers selbst gegenüberstehe und daher die Fälligkeit der Leistung nicht hinausschiebe, den Verzug des Erben nicht hindere.

Diese letztere Schlußfolgerung kann Müller, der ja die Einrede des § 2015 BGB. als materiellrechtliche ansieht, naturgemäß nicht

---

[1]) Daß der Einrede des § 2015 BGB. außerhalb des Prozesses materiellrechtliche Wirkungen zukommen, erkennt man, wenn man sich das außergerichtliche Befriedigungsbegehren des Nachlaßgläubigers — also den Normalfall — und das Verhalten des Erben demgegenüber praktisch vergegenwärtigt. Verweigert der Erbe die Befriedigung des Nachlaßgläubigers, der außergerichtlich seine Forderung geltend macht, während der Zeit des schwebenden Aufgebotsverfahrens, so wird der Gläubiger mit Recht Sicherung für seine Forderung verlangen können, da ihm ja auch der Gesetzgeber — allerdings auf dem Umwege über den Prozeß und die Zwangsvollstreckung — während dieser Zeit nur die Befriedigung, nicht auch die Sicherung für seine Forderung versagt hat. Wenn der Erbe einem solchen billigen Verlangen des Gläubigers nach Sicherung in irgend einer Weise, z. B. durch Hinterlegung von Geld oder Verpfändung beweglicher Sachen oder Forderungen nachkommt, so wird es kaum einem Gläubiger einfallen, nun noch im Klagewege gegen den Erben vorzugehen, da er ja alles erlangt hat, was er zu dieser Zeit erlangen kann, und nur Gefahr laufen würde, gemäß § 93 ZPO. die Prozeßkosten tragen zu müssen. — Weitere materiellrechtliche Wirkungen der Einrede des § 2015 BGB. im Falle rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners (vgl. hierzu § 283 BGB.) und bei gegenseitigen Verträgen (§ 326 BGB.) hebt Müller a. a. O. S. 687 zutreffend hervor.

machen. Er will den Eintritt des Verzugs des Erben trotz der aufschiebenden Einrede des § 2015 BGB. folgendermaßen beweisen:

„Die Verzugsfolgen gehören zum Inhalte des Schuldverhältnisses, weil durch den Verzug des Schuldners kein neues Schuldverhältnis geschaffen, sondern das bestehende nur erweitert wird. Die Frage, ob ein Erbe die Folgen des Erfüllungsverzugs des Erblassers zu vertreten hat, ist eine Frage der Schuldhaftung des Erben. Für diese gilt nun grundsätzlich, daß ihr Umfang der gleiche ist, wie der Umfang der Schuldhaftung des Erblassers, daß der Erbe für die Schuld des Erblassers in dem Zustande haftet, in dem sie auf ihn übergegangen ist, sofern nicht das Gesetz eine Beschränkung dieser Haftung besonders vorschreibt. Da aber der Erbe eine Beschränkung seiner Schuldhaftung für die Nachlaßverbindlichkeiten nur nach §§ 1975—1989, 1990—1992 BGB., sowie nach den §§ 1970—1974 BGB. bewirken kann, so ergibt sich, daß durch § 2015 BGB. keine Aufhebung oder Beschränkung der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten begründet ist. Hieraus folgt aber:

1. Der Erbe haftet für eine Schuld des Erblassers, hinsichtlich welcher dieser bereits im Verzuge war, weiterhin im Zustande des Verzugs.

2. Die Fälligkeit der Schuld wird durch den Tod des Schuldners nicht geändert. Daher tritt bei Schulden, deren Fälligkeit gemäß § 284 Abs. 2 BGB. berechenbar ist, der Verzug des Schuldners von der Fälligkeit ab ebenso ein, wie wenn der ursprüngliche Schuldner am Leben wäre.

3. Die Frage, ob ein Schuldner nach Eintritt der Fälligkeit durch Mahnung in Verzug kommt, ist eine Frage der Schuldhaftung. Da nun § 2015 BGB. prozeßrechtlich weder die Belangung noch die Verurteilung des Erben noch die Einleitung der Zwangsvollstreckung hindert, Klagezustellung und Zustellung eines Zahlungsbefehls nach Fälligkeit aber stets eine Erweiterung der Schuldhaftung durch Eintritt der Verzugsfolgen bewirken, so kann die Einrede des § 2015 auch bei Mahnung, Klagestellung und Zustellung eines Zahlungsbefehls die Verzugsfolgen als Folgen der Schuldhaftung nicht ausschließen."

Zugegeben selbst, diese Argumentation wäre richtig und logisch,[1])

[1]) Zur Schlüssigkeit der Müllerschen Argumentation möchte ich nur folgendes bemerken: Aus der Tatsache, daß § 2015 BGB. nicht, wie die andern von

was hier dahingestellt bleiben kann, so würde doch Müller nicht das bewiesen haben, was er beweisen will. Denn die Schuldenhaftung des Erben, die allerdings grundsätzlich an Umfang der Haftung des Erblassers gleich ist, kann nicht nur durch besondere, vom Gesetz ausdrücklich aufgestellte Rechtsnormen eine Beschränkung erfahren, sondern es können auch allgemein gültige Rechtsgrundsätze, deren Anwendung durch bestimmte Gesetzesvorschriften aus dem Gebiete der Erbenhaftung vermittelt wird, in anderer Weise[1]) modifizierend auf die Haftung des Erben einwirken. Wir haben nun nach bürgerlichem Rechte den allgemeinen Rechtssatz, daß das Bestehen einer materiellrechtlichen aufschiebenden Einrede den Verzug des Schuldners hindert, weil während der Dauer der Einrede die Fälligkeit der Leistung aufgehoben ist, und es somit an der ersten Voraussetzung für den Eintritt des Verzugs — einer fälligen Leistung — fehlt. Da das Bürgerliche Gesetzbuch aber hier ausdrücklich dem Erben eine — wie Müller selbst anerkennt — materiellrechtliche aufschiebende Einrede gibt, so modifiziert sich die Haftung des Erben entsprechend den allgemeinen, für alle aufschiebenden Einreden geltenden Grundsätzen. Der Erbe kommt auf Grund der

---

Müller angeführten Gesetzesparagraphen (die §§ 1970—74 BGB. nehme ich aus), eine Beschränkung der Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten begründet, läßt sich nicht ableiten, daß diese Einrede keinen Einfluß auf den Erbenverzug habe. Denn dies würde auch nicht der Fall sein, wenn § 2015 BGB. haftungsbeschränkend wirkte. Die Voraussetzung für einen einschränkenden Einfluß auf eine durch Verzugsfolgen erweiterte Schuldhaftung ist doch, daß die Einschränkung entgegengesetzt wirkt, wie die Erweiterung der Schuldhaftung; keinesfalls dürfen beide nach verschiedenen Richtungen hin wirken. Nun ist die Erweiterung der Schuldhaftung infolge des Verzugs eine Erweiterung des Maßes oder genauer eine Verschärfung des Grades der Haftung; in entgegengesetztem Sinne, also als Milderung des Grades der Haftung, würde z. B. der Gläubigerverzug wirken. Nach ganz anderer Richtung aber beeinflußt die Beschränkung der Haftung gemäß §§ 1975, 1990 BGB. die Schuldhaftung des Erben; sie wirkt sachlich, auf einen bestimmten Vermögenskomplex beschränkend; sie beschränkt nicht das Wofür der Haftung, sondern das Womit der Haftung, kann also niemals irgend einen Einfluß auf ein in bezug auf den Grad der Haftung erweitertes Schuldverhältnis ausüben. Schon hieran müßte m. E. die Argumentation Müllers scheitern.

[1]) d. h. nicht in dem technischen Sinne einer Beschränkung der Haftung, infolge welcher nur der aus dem Gesamterbenvermögen nachträglich wieder abgesonderte Nachlaß zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger herangezogen wird.

aufschiebenden Einrede des § 2015 während der Dauer derselben nicht in Verzug, ein Verzug des Erblassers setzt sich während dieser Zeit in der Person des Erben nicht fort.

Im übrigen ist auch hier wiederum, dem letzten Teile der Müller'schen Argumentation gegenüber, daran festzuhalten, daß aus den äußeren Durchsetzungsformen der materiellen Rechte im Falle des Prozesses keine Folgerungen auf das Wesen und die materiellrechtlichen Wirkungen dieser Rechte gezogen werden dürfen, und daß also die besonders gestaltete prozeßrechtliche Wirkung der aufschiebenden Einrede des § 2015 BGB. sich nicht zu einem Beweise in der Richtung verwerten läßt, daß eine den anderen aufschiebenden Einreden sonst allgemein zukommende materielle Folge hier ausgeschlossen wäre.

Dem widerspricht es nicht, daß mit den prozessualen Besonderheiten in der Behandlung materieller Rechte auch materiellrechtliche Besonderheiten Hand in Hand gehen können; in diesen Fällen spricht aber das Gesetz den materiellen Rechtssatz ausdrücklich aus. Und so hängt es zweifellos mit der besonders gestalteten prozessualen Wirkung der Einrede des § 2015 BGB. zusammen, wenn das BGB. im § 202 Abs. 2 bestimmt: Die Verjährung der Forderung des Nachlaßgläubigers wird durch die Einrede des § 2015 nicht gehemmt.

§ 3.

Prozessuale Gestaltung.

Die Wirkung der Einrede des § 2015 BGB. im Prozesse, die wir schon oben gestreift haben, und ihre Bedeutung im späteren Zwangsvollstreckungsverfahren ist eigentümlich gestaltet; diese eigentümliche Gestaltung erklärt sich aus dem gesetzgeberischen Gedanken heraus, der der Schaffung der Einrede zugrunde liegt. Der Gesetzgeber will, wie bereits erwähnt, dem Erben während der Dauer des Aufgebotsverfahrens die Möglichkeit offen halten, später — falls sich eine zu starke Belastung des Nachlasses herausstellt — die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß herbeizuführen. Zur Wahrung dieser Möglichkeit verlangt der Gesetzgeber in sämtlichen Fällen, daß dem Erben in dem ihn verurteilenden Erkenntnisse die Beschränkung seiner Haftung

vorbehalten wird (§ 780 ZPO.).[1]) Andererseits soll aber der Gläubiger, dem der Erbe die völlige Befriedigung verweigern kann, während der Zeit des schwebenden Aufgebotsverfahrens eine Sicherung für seine vollstreckbare Forderung erhalten, und zwar gemäß § 782 ZPO. durch Beginn der Zwangsvollstreckung in das Erbenvermögen (Privatvermögen und Nachlaß). Der Gläubiger muß also zu einem Urteile gelangen können, auf Grund dessen er wegen seines Anspruchs vollstrecken lassen kann — und zwar ohne jede Beschränkung des Vollzuges in der gewöhnlichen Weise und in das gesamte Erbenvermögen (vgl. §§ 781, 782 ZPO.) —, und dieses Urteil muß zugleich den Anforderungen eines solchen Urteils entsprechen, auf Grund dessen später der Erbe die Beschränkung seiner Haftung geltend machen kann.

[1]) Die Einfügung des Vorbehalts des § 780 ZPO. hat sowohl dann zu geschehen, wenn sich der Erbe darauf beruft, daß die Beschränkung seiner Haftung bereits besteht, als auch dann, wenn er unter Berufung darauf, daß er bisher nur beschränkbar hafte, sich die zur Herbeiführung der beschränkten Haftung erforderlichen Maßnahmen für später vorbehält. Denn da nach § 781 ZPO. die Zwangsvollstreckung zunächst ohne Rücksicht auf das Bestehen der Haftungsbeschränkung erfolgt, es vielmehr dem Erben überlassen bleibt, seine beschränkte Haftung im Wege der Klage aus §§ 785, 767 ZPO. zur Geltung zu bringen, ist der maßgebende Zeitpunkt, in welchem die Beschränkung der Haftung tatsächlich bestehen muß, der Zeitpunkt der Vornahme der Zwangsvollstreckung, nicht schon der Zeitpunkt, in welchem das der Zwangsvollstreckung zugrunde liegende Urteil ergangen ist. Für diesen letzteren Zeitpunkt kommt es nur darauf an, ob der Erbe die Möglichkeit noch besitzt, die Beschränkung seiner Haftung herbeizuführen, also darauf, ob er noch beschränkbar haftet. Das Recht, seine Haftung — nach Erlassung des Urteils — zu beschränken, um dann diese Beschränkung der Zwangsvollstreckung gegenüber gemäß § 781 ZPO. geltend zu machen, kann ihm sehr wohl im Urteile vorbehalten werden, und dieser Vorbehalt wird gerade in den Fällen von praktischer Bedeutung sein, in denen der Erbe bei Erlassung des Urteils die Verhältnisse zur Zeit der (späteren) Zwangsvollstreckung noch nicht übersehen konnte. Dagegen wäre ein Vorbehalt des Rechtes der Haftungsbeschränkung im Urteile dann widersinnig, wenn dem Erben dieses Recht bereits zur Zeit der Urteilsfällung endgültig verloren gegangen war, wenn er also bereits endgültig unbeschränkt haftete. Es ist also zur Einfügung des Vorbehaltes keineswegs erforderlich, daß eine Haftungsbeschränkung schon besteht, sondern nur negativ, daß die Möglichkeit der Herbeiführung einer beschränkten Haftung noch nicht verwirkt ist. — Vgl. hierzu die Entscheidung in Rechtspr. d. Oberlandesgr. Bd. 2 S. 507, in der zwecks Einfügung des Vorbehalts des § 780 ZPO. die Feststellung als genügend erachtet wird, „daß sich gegenwärtig die beklagten Erben im Stadium endgültig unbeschränkter Haftung nicht befinden". — Vgl. ferner Rechtspr. d. Oberlandesger. Bd. 6 S. 173; Gaupp-Stein Bd. 2 S. 488 f.

Hieraus ergibt sich, daß die Einrede des § 2015 BGB. nicht, wie sonstige aufschiebende Einreden, zur Abweisung des klagenden Nachlaßgläubigers führen darf, sondern vielmehr zu einer Verurteilung des Erben, und zwar unter Vorbehalt der Beschränkung seiner Haftung. Dies bestimmt § 305 Abs. 1 ZPO.:

„Durch die Geltendmachung der dem Erben nach § 2015 BGB. zustehenden Einrede wird eine unter dem Vorbehalte der beschränkten Haftung ergehende Verurteilung des Erben nicht ausgeschlossen."[1])

Vollstreckt später der Gläubiger aus diesem Urteil gegen den Erben, so kann der Erbe, wie § 782 Satz 1 ZPO. besagt, „auf Grund der ihm nach § 2015 BGB. zustehenden Einrede nur verlangen, daß die Zwangsvollstreckung für die Dauer der dort bestimmten Frist auf solche Maßregeln beschränkt wird, die zur Vollziehung eines Arrestes zulässig sind."[2])

Es kann zweifelhaft sein, ob der Vorbehalt der beschränkten Haftung, unter welchem gemäß § 305 Abs. 1 ZPO. das Urteil ergeht lediglich den Zweck hat, dem Erben entsprechend der Vorschrift des § 780 ZPO. die Beschränkbarkeit seiner Haftung zu bewahren, oder aber ob dieser Vorbehalt zugleich Voraussetzung für die spätere Geltendmachung der in § 782 ZPO. normierten, in der Vollstreckungsinstanz zur Geltung kommenden Wirkung der Einrede des § 2015 BGB. ist, mit andern Worten, ob nur bei Vorhandensein des Vorbehalts der Erbe die Einschränkung der Zwangsvollstreckung gemäß § 782 ZPO. herbeiführen kann.

Man wird zunächst geneigt sein, diese Frage im Sinne der ersten Alternative zu beantworten, einmal mit Rücksicht auf die Fassung des

---

[1]) Erkennt der Erbe den Anspruch des Gläubigers sofort an, so hat dieser nach § 93 ZPO. die Kosten des Prozesses zu tragen. „Danach ist der Sinn des § 305 ZPO. der, daß der Nachlaßgläubiger zwar vor der Zeit, wo der Erbe zu zahlen verpflichtet ist, eine Verurteilung und auch Pfändung bewirken kann, dies aber, wie in dem analogen Falle des § 257 ZPO. auf seine Kosten geht." So Rechtspr. d. Oberlandesger. Bd. 2 S. 434 f.; vgl. hierzu auch oben S. 34 Anm. 1.

[2]) „Wird vor Ablauf der in § 2015 BGB. bestimmten Frist die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragt, so ist auf Antrag die Beschränkung der Zwangsvollstreckung auch nach dem Ablaufe der Frist aufrecht zu erhalten, bis über die Eröffnung des Konkursverfahrens rechtskräftig entschieden ist." Diese Bestimmung des § 782 Satz 2 ZPO. hat den Zweck, den Erben vor Schaden zu bewahren und eine gleichmäßige Befriedigung der Konkursgläubiger zu sichern.

§ 305 Abs. 1 ZPO., die doch nur besagt, daß trotz Vorbringens der Einrede des § 2015 BGB. im Prozeß eine Verurteilung des Erben erfolgen kann, allerdings nur eine solche Verurteilung, die dem Erben die Möglichkeit der Geltendmachung aller ihm event. noch zustehenden Rechte beläßt (vgl. § 780 ZPO.), nämlich eine unter Vorbehalt der beschränkten Haftung ergehende Verurteilung; sodann aber besonders deshalb, weil andernfalls — bei Annahme der zweiten Alternative — die Bestimmung des § 305 Abs. 1 ZPO. unverkennbar etwas Befremdendes enthielte; denn es würde dann ein Vorbehalt im Sinne des § 780 ZPO. für erforderlich erklärt zur Wahrung eines Rechtes des Erben, das sich nicht als eine Haftungsbeschränkung qualifiziert. § 2015 BGB. soll dem Erben nur einen vorläufigen Schutz gegen vorzeitig andringende Gläubiger geben und ihm die Möglichkeit der späteren Beschränkung seiner Haftung offen halten, ohne selbst mehr als ein vorläufiges Abwehrmittel zu sein. Die vorläufige Abwehr der Gläubiger, die Beschränkung ihrer Zwangsvollstreckung auf Arrestmaßregeln ist noch keine Beschränkung der Haftung.[1]) Da aber ein Vorbehalt im Sinne des § 780 ZPO. nur zum Zwecke der späteren Geltendmachung einer solchen Beschränkung der Haftung gemacht wird, so erscheint er für die Geltendmachung des vorläufigen Abwehrmittels des § 2015 BGB. bezw. § 782 ZPO. an sich unnötig und dem Wesen dieses Abwehrmittels nicht entsprechend.

Es kommt noch hinzu, daß dem Erben das Recht, die Beschränkung der Zwangsvollstreckung zu verlangen, auch gegenüber seinen

---

[1]) Von einer Beschränkung der Haftung kann — wie schon mehrfach betont — nur in den Fällen die Rede sein, in denen sich die Zwangsvollstreckung nicht auf das ganze Vermögen des Schuldners, sondern nur auf die dem Gläubiger haftenden Bestandteile dieses Vermögens, insbesondere bei Beschränkung der Erbenhaftung auf den, nach zunächst erfolgter Verschmelzung von Erbenvermögen und Nachlaß nachträglich mit Wirkung ex tunc losgelösten Nachlaß erstreckt, in denen also das Maß der Zwangsvollstreckung eingeschränkt ist. Die Zwangsvollstreckung aber, die aus einem gemäß § 305 ZPO. unter Vorbehalt der beschränkten Haftung ergangenen Urteile zum Zwecke der Sicherung des Nachlaßgläubigers betrieben wird, erfolgt in das gesamte Vermögen des Erben, Nachlaß wie Privatvermögen; nur darf die Zwangsvollstreckung nicht durchgeführt werden, der Erbe kann die Einschränkung der Vollstreckungsmaßregeln auf Arrestmaßregeln verlangen. Es ist also nicht das Maß, der Umfang der Zwangsvollstreckung überhaupt, sondern die Art der Zwangsvollstreckung eingeschränkt.

Privatgläubigern in Ansehung der Nachlaßgegenstände zusteht (§ 783 ZPO.).[1]) Gegenüber diesen ist aber eine Verurteilung unter Vorbehalt ein Unding, eine begriffliche Unmöglichkeit. Denn eine beschränkte Haftung des Erben, d. h. eine Haftung mit dem Nachlasse allein, kann doch nur den Nachlaßgläubigern, niemals den Privatgläubigern gegenüber in Frage kommen. Wenn aber der Erbe diesen Gläubigern gegenüber auf Grund derselben Bestimmungen der §§ 785, 767 ZPO. die Beschränkung der Zwangsvollstreckung verlangen kann, ohne daß das Urteil gegen ihn irgend einen Vorbehalt enthält, so könnte man wohl den Schluß ziehen, daß das gleiche auch für die Nachlaßgläubiger gelten müßte, denen gegenüber er von denselben Gesetzesbestimmungen Gebrauch macht, daß auch bezüglich dieser zur Durchsetzung der in § 782 ZPO. festgesetzten Wirkung der Vorbehalt nicht erforderlich sein müßte.

Diese Schlußfolgerung ist jedoch nicht richtig; vielmehr ist der Vorbehalt im Urteil nicht nur zur Wahrung der Beschränkbarkeit der Erbenhaftung erforderlich, sondern er bildet zugleich die Voraussetzung für die Geltendmachung des in § 782 ZPO. dem Erben gegebenen Rechtes. Dies zeigt folgende Erwägung:

Die Einrede des § 2015 BGB. gegenüber dem andringenden Nachlaßgläubiger und ihre prozessuale Wirkung in § 782 ZPO. besteht nur so lange, als die Beschränkbarkeit der Haftung besteht. Dies entspricht dem Zwecke der Einrede und ergibt sich überdies aus § 2016 Abs. 1 BGB. Die Beschränkbarkeit der Haftung wird aber dem betreffenden Gläubiger gegenüber dadurch gewahrt, daß der Erbe sich im Urteil „die Beschränkung seiner Haftung" vorbehalten läßt. Wenn er dies versäumt, verwirkt er diesem einzelnen Nachlaßgläubiger gegenüber die Beschränkbarkeit seiner Haftung und haftet ihm endgültig unbeschränkt. Mit Eintritt dieser endgültig unbeschränkten Haftung versagt aber die in § 782 ZPO. normierte Wirkung der Einrede des § 2015

[1]) Es ist ungenau ausgedrückt, wenn Staudinger-Herzfelder (S. 241) sagt, dem Erben würde durch § 783 ZPO. die Einrede des § 2015 BGB. gegenüber seinen persönlichen Gläubigern in gewissem Umfange gegeben; denn diese Einrede kann ihrer Natur nach nur gegenüber Nachlaßverbindlichkeiten Platz greifen. Es wird vielmehr nur die prozessuale, aus der Einrede — die aber nicht gegenüber Eigengläubigern besteht — fließende, in § 782 ZPO. normierte Wirkung, nämlich die Einschränkung der Zwangsvollstreckung in Ansehung der Nachlaßgegenstände, auf die persönlichen Gläubiger des Erben erstreckt.

BGB. (vgl. § 2016 Abs. 1 BGB.). Denn die Verweigerung der Befriedigung des Gläubigers, die Beschränkung seiner Zwangsvollstreckung auf Sicherungsmaßregeln hat nun gar keinen Sinn mehr; der Erbe muß ihm ja doch mangels eines Vorbehaltes im Urteil mit seinem gesamten Vermögen haften und ihn voll befriedigen.

Die Einrede des § 2015 BGB. kann also, entsprechend ihrer ganzen Tendenz, nur zugleich mit der Beschränkbarkeit der Haftung dem Erben erhalten werden, und da für die Erhaltung der letzteren prozessual der Vorbehalt der Beschränkung der Haftung im Urteile unumgänglich ist, so bewahrt dieser gleiche Vorbehalt — und nur dieser — neben seiner ihm gewöhnlich zukommenden Funktion, sozusagen in zweiter Linie, dem Erben die Einrede des § 2015 BGB. mit ihrer Wirkung aus § 782 ZPO.; der Vorbehalt ist die Voraussetzung für die Geltendmachung des dem Erben im § 782 ZPO. gewährten Rechtes. Auf diese Nebenfunktion des Vorbehalts, dem Erben die spätere Geltendmachung der aus § 2015 BGB. entspringenden, in § 782 ZPO. normierten prozessualen Wirkung seiner Einrede zu ermöglichen, wird das Erkenntnis, wenn nicht im Tenor, so doch jedenfalls in den Entscheidungsgründen, hinweisen müssen, indem es ausspricht, daß das Urteil unter Vorbehalt der beschränkten Haftung im konkreten Falle nach Geltendmachung der Einrede des § 2015 BGB. durch den Erben gemäß § 305 Abs. 1 ZPO. ergeht.[1] [2])

---

[1]) vgl. auch Gaupp-Stein Bd. 1 S. 698; a. M. Hellwig, Anspruch S. 379 Anm. 20, der annimmt, daß der Erbe in der Verhandlung gar nicht nötig habe, die Einrede des § 2015 besonders vorzubringen, da sie ja für die Entscheidung im Prozesse zunächst gar nicht in Betracht komme; es genüge, wenn er den Vorbehalt ins Urteil einfügen lasse.

[2]) Es ist übrigens auch möglich, daß die Einrede des § 2015 BGB. erst nach Beendigung des Prozesses entsteht, wenn nämlich der Erbe, nachdem ein Nachlaßgläubiger gegen ihn ein Urteil erwirkt hat, das Aufgebotsverfahren beantragt. Dann kann er, wenn er sich im Urteil gemäß § 780 ZPO. den Vorbehalt der beschränkten Haftung gesichert hat, auch nun noch — entsprechend der Vorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO. — die ihm in §§ 782 und 783 ZPO. gewährten Rechte geltend machen; vgl. auch Böhm, Erbrecht S. 404 Anm. 3. — Weiterhin ist auch denkbar, daß ein Nachlaßgläubiger bereits gegen den Erblasser ein Urteil erwirkt hatte und nun auf Grund dieses Urteils in den Nachlaß vollstreckt. Es sind dabei 2 Fälle zu unterscheiden, nämlich erstens der Fall, daß die Zwangsvollstreckung zur Zeit des Todes des Erblassers bereits begonnen hatte und in den Nachlaß fortgesetzt wird (§ 779 Abs. 1 ZPO.), und zweitens der Fall, daß sie erst nach dem Tode

Betreibt dann der Nachlaßgläubiger aus diesem Urteile die Zwangsvollstreckung gegen den Erben, und zwar nicht zu seiner Sicherung in der ihm gestatteten Art, sondern zum Zwecke seiner Befriedigung, so kann der Erbe gemäß § 785 ZPO. durch Klage gegen den Gläubiger aus § 767 ZPO. erwirken, daß während der Dauer der in § 2015 BGB. bestimmten Frist, d. h. bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens, die Zwangsvollstreckung auf solche Maßregeln beschränkt wird, die zur Vollziehung eines Arrestes zulässig sind. Wird vor dem Ablaufe der Frist die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragt, so ist auf Antrag die Beschränkung der Zwangsvollstreckung auch nach dem Ablaufe der Frist aufrechtzuerhalten, bis über die Eröffnung des Konkursverfahrens rechtskräftig entschieden ist (§ 782 ZPO.). Solche hier in Betracht kommenden Arrestmaßregeln (§§ 930 bis 932 ZPO.) sind insbesondere Pfändung ohne Versteigerung und Eintragung einer Sicherungshypothek. Der Erbe kann also weder verhindern, daß Nachlaßgläubiger sein Privatvermögen angreifen und Gegenstände daraus pfänden lassen, noch daß Privatgläubiger den

---

des ursprünglichen Schuldners, nachdem das Urteil gegen den Erben für vollstreckbar erklärt worden ist (§ 727 ZPO., in den Nachlaß geführt wird. In diesen Fällen kann der Erbe ohne weiteres — ohne daß es eines Vorbehaltes der beschränkten Haftung bedarf — die in § 782 ZPO. normierte prozessuale Wirkung der Einrede des § 2015 BGB., die ihm nun erst entsteht, geltend machen, und zwar durch Klage aus § 767 ZPO., da ihm ja die Einrede nachträglich gegen den durch Urteil festgestellten Anspruch erwachsen ist. (Es bedarf hier — dasselbe gilt übrigens im ersten Falle dieser Anmerkung — zur Begründung der Anwendbarkeit des § 767 ZPO. nicht des Umweges über § 785 ZPO.) Dies widerspricht keineswegs der im Texte vertretenen Auffassung, daß nämlich der Vorbehalt im Urteile mittelbar erforderlich ist zur Wahrung der in § 782 ZPO. normierten Wirkung der Einrede des § 2015 BGB. Denn abgesehen davon, daß in den eben genannten Fällen die nachträgliche Einfügung eines solchen Vorbehalts in das vollstreckbare Urteil gar nicht möglich ist, trifft die Auffassung des Textes naturgemäß nur auf den Regelfall zu, daß das Urteil gegen den Erben ergeht, und daß dieser zur Wahrung der Beschränkbarkeit seiner Haftung und zugleich zur Wahrung seines Rechtes aus § 782 ZPO. für die Einfügung des Vorbehalts Sorge zu tragen hat. Ist ein Urteil bereits vorhanden, so bedarf es keines Vorbehalts. Dies ergibt sich aus der hierfür grundlegenden Gesetzesbestimmung, aus dem § 780 ZPO., der den Urteilsvorbehalt nur dann verlangt, wenn der Beklagte „als Erbe des Schuldners verurteilt" wird, d. h. eben, wenn nicht schon das Urteil gegen den Erblasser ergangen ist, sondern erst gegen den Erben ergeht.

Nachlaß pfänden.[1]) Er kann vielmehr nur verhindern, daß die gepfändeten Gegenstände verkauft werden, oder, falls es Forderungen sind, dem Gläubiger überwiesen, oder, falls es bares Geld ist, ihm ausbezahlt werden.[2])

Eine Schwierigkeit besteht hierbei dann, wenn solche Zwangsvollstreckungsmaßregeln erfolgt sind, deren Beschränkung auf Arrestmaßregeln nicht angängig ist, insbesondere[3]) wenn ein Grundstück im Wege der Immobiliarzwangsvollstreckung beschlagnahmt ist. Dann bleibt nichts übrig, als alle diese Maßregeln aufzuheben bezw. für unzulässig zu erklären.[4]) Handelt es sich um einen Anspruch auf eine Individualleistung (§§ 883 ff. ZPO.), bei der ein Arrest gemäß § 919 ZPO. zulässig ist, so wird die Ausantwortung an den Gläubiger ausgeschlossen werden müssen.

Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich bei Pfändung von Geld. Denn nach § 815 Abs. 3 ZPO. gilt regelmäßig bereits die Wegnahme baren Geldes durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung; Ausnahmen hiervon bestehen allerdings in gewissen Fällen (vgl. §§ 720, 805 Abs. 4, 827, 854 Abs. 2 und 3 ZPO.). Eine Ausnahme besteht auch im Falle des Arrestes gemäß § 930 Abs. 2 ZPO.; hier bewirkt die der Wegnahme des Geldes nachfolgende Hinterlegung ein Pfandrecht des Gläubigers, die Wegnahme gilt nicht schon als Zahlung. Die Beschränkung der Zwangsvollstreckung gemäß § 782 ZPO. geschieht nun aber bei Pfändung von Geld nach der Vorschrift des § 930 Abs. 2 ZPO., nämlich durch Hinterlegung des gepfändeten Geldes. Man

---

[1]) Nur vor der Annahme der Erbschaft ist dies unzulässig (§ 778 Abs. 2 ZPO.).

[2]) Tritt später Separation des Nachlasses vom Erbenvermögen durch Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses ein, so kann der Erbe die Aufhebung der Zwangsvollstreckungsmaßregeln verlangen, die zugunsten eines Nachlaßgläubigers in sein Privatvermögen erfolgt sind (§ 784 Abs. 1 ZPO.); das gleiche Recht hat der Nachlaßverwalter gegenüber Zwangsvollstreckungsmaßregeln eines Privatgläubigers in den Nachlaß (§§ 784 Abs. 2 ZPO., 1984 Abs. 2 BGB.). Im Nachlaßkonkurse verlieren die in den Nachlaß erfolgten Vollstreckungsmaßregeln ihre Wirkung (§ 221 KO.).

[3]) vgl. zum folgenden Gaupp-Stein Bd. 2 S. 492.

[4]) Dies ist, wie Gaupp-Stein a. a. O. bemerkt, ein praktisch bedenkliches, aber unvermeidliches Ergebnis; es berührt aber die Realgläubiger nicht, da ihnen gegenüber die Einrede des § 2015 BGB. nicht Platz greift (vgl. § 2016 Abs. 2 BGB.).

wird deshalb mit Hellwig[1]) annehmen können, daß auch in unserm Falle, wenn der Erbe nachträglich die Hinterlegung des gepfändeten Geldes erwirkt, die Wegnahme nicht als Zahlung gilt.

Wir haben bisher nur den sich aus der Fassung der Gesetzesbestimmungen zunächst ergebenden Fall im Auge gehabt, daß der Erbe mit der Klage aus § 767 ZPO. erst dann einschreitet, wenn der Gläubiger aus dem Urteile die Zwangsvollstreckung über das ihm gestattete Maß, also zu seiner Befriedigung betreibt. Hierbei besteht für den Erben die Gefahr, daß er mit seiner Klage zu spät kommt, daß insbesondere die gepfändeten Sachen bereits von dem Gerichtsvollzieher öffentlich versteigert sind (§ 814 ZPO.), das gepfändete Geld von ihm dem Gläubiger abgeliefert ist (§ 815 Abs. 1 ZPO.), und daß damit das Recht des Erben aus § 782 ZPO. illusorisch geworden ist. Dies deutet darauf hin, daß es für den Erben unpraktisch ist, mit seiner Klage bis nach Beginn der Zwangsvollstreckung zu warten. Er tut vielmehr gut daran, bereits vorher aus § 767 ZPO. zu klagen, nämlich auf Feststellung der Unzulässigkeit der Durchführung der Zwangsvollstreckung auf Grund des gemäß § 305 ZPO. ergangenen Urteils während der Dauer der in § 2015 BGB. bestimmten Frist, oder richtiger auf Feststellung, daß dem Gläubiger aus dem Urteile während der genannten Frist ein Recht auf unbeschränkte Vollstreckung nicht zustehe, vielmehr nur das Recht zur Erwirkung von Arrestmaßregeln. Eine solche Klage ist zulässig; der Beginn der Zwangsvollstreckung ist nicht Voraussetzung der Klage aus § 767 ZPO. Es kann vielmehr schon vorher, bei drohender Zwangsvollstreckung, Klage auf Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil — sei es der Unzulässigkeit überhaupt oder der Unzulässigkeit der Durchführung der Zwangsvollstreckung, d. h. der Unzulässigkeit bestimmter Maßregeln — erhoben werden, sofern die Voraussetzungen des § 256 ZPO. gegeben sind, nämlich beim Vorliegen eines rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung, daß dem Gläubiger aus dem ergangenen Urteile ein Anspruch bezw. — in unserm Falle — ein Recht auf unbeschränkte Vollstreckung nicht zustehe.[2])

[1]) vgl. Anspruch S. 379 Anm. 20.

[2]) vgl. Entsch. d. RG. Bd. 38 S. 429; Jur. Wochenschrift Bd. 24 (1895) S. 330 Ziff. 25, S. 517 Ziff. 1 und Bd. 26 (1897) S. 149 Ziff. 15; ferner Gaupp-Stein Bd. 2 S. 460 und Anm. 34 daselbst, sowie Hellwig, Anspruch S. 491 ff.,

Ein solches rechtliches Interesse wird man bei dem Erben im Falle des § 782 ZPO. stets annehmen können entsprechend der ganzen Tendenz der §§ 2015 BGB., 782 ZPO.,[1]) sowie schon im Hinblick auf § 814 ZPO.[2])

Da für die Dauer der Beschränkung der Zwangsvollstreckung die Fristen des § 2015 BGB. maßgebend sind, hat das Urteil, das auf die Klage des Erben aus § 767 ZPO. ergeht, genau den Zeitpunkt festzustellen, bis zu welchem die Beschränkung der Zwangsvollstreckung andauert.[3])

Zweites Kapitel.

Wirkung des Ausschlußurteils.

A. Die Einrede des § 1973 BGB.

§ 1.

Der „Überschuß" des Nachlasses und seine Berechnung unter Anwendung der Bereicherungsgrundsätze.

Die Hauptwirkung des Aufgebots knüpft sich nicht an die Einleitung des Verfahrens, sondern an dessen Beendigung, und zwar kommt nur die reguläre Beendigung durch Ausschlußurteil in Betracht.

Mit Erlassung des Ausschlußurteils tritt nämlich zu ungunsten der sich nicht meldenden Nachlaßgläubiger der ihnen schon im Aufgebote angedrohte (995 ZPO.) Rechtsnachteil ein. Die Ausschließung von Forderungen im Aufgebotsverfahren führt nicht etwa zum Erlöschen dieser Forderungen, es ist keine völlige Präklusion; die Veränderung, die das Ausschlußurteil unter den Gläubigern herbeiführt, besteht vielmehr darin, daß zwei Klassen von Gläubigern geschaffen werden, nämlich ausgeschlossene und nicht ausgeschlossene, von denen die letzteren und ersteren im Range vorgehen, d. h. ein Recht haben, vor diesen befriedigt zu werden. Der weitere Rechtsnachteil, der diese

S. 496, der S. 379 Anm. 20 auffallenderweise meint, ein Einschreiten des Erben vor der Pfändung sei nicht möglich.

[1]) vgl. oben S. 25 d. Arbeit.

[2]) Durch diese Klage vor der Pfändung wird auch die Schwierigkeit bei Pfändung baren Geldes (vgl. oben) vermieden.

[3]) vgl. Gaupp-Stein S. 493.

ausgeschlossenen Gläubiger trifft, besteht in einer Abschwächung der Haftung des Erben.[1]) Durch das Ausschlußurteil erwächst nämlich dem Erben eine peremtorische[2]) Einrede, kraft deren er seine Haftung gegenüber ausgeschlossenen Gläubigern einzuschränken imstande ist. Er kann die Befriedigung eines im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird (§ 1973 Abs. 1 Satz 1). Nur mit einem sich noch ergebenden Nachlaßüberschuß haftet er ihm, jedoch nicht schlechthin, sondern nur nach den Grundsätzen einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 1973 Abs. 2 Satz 1). Es ist demnach zu untersuchen, worin dieser den ausgeschlossenen Gläubigern haftende Überschuß besteht, d. h. in welcher Weise sich der ursprüngliche Bestand des Nachlasses verändert hat, ob er eine Vermehrung erfahren, und durch welche Umstände er sich verringert hat. Maßgebend für die Berechnung sind die Bereicherungsgrundsätze, also vor allem § 818 BGB.

Nach § 818 Abs. 1 erstreckt sich die Verpflichtung zur Herausgabe auf die gezogenen Nutzungen sowie auf das dasjenige, was der Em-

---

[1]) Es ist hier zu betonen, daß der die ausgeschlossenen Gläubiger treffende Rechtsnachteil nur im Verhältnis dieser Gläubiger zum Erben eintritt. Das Ausschlußurteil wirkt nur zugunsten des Erben, nicht auch der angemeldeten Gläubiger; diese erwerben aus ihm keinerlei Rechte gegenüber den ausgeschlossenen Gläubigern. Hat also der ausgeschlossene Gläubiger, wozu er ja die rechtliche Macht hat, Nachlaßsachen gepfändet, so kann ihm wohl der Erbe in den Arm fallen, nicht aber die nicht ausgeschlossenen Gläubiger; diesen ist zur Sicherung ihrer Rechte nur der Weg der Beantragung des Nachlaßkonkurses gegeben; vgl. Rechtspr. d. Oberlandesger. Bd. 5 S. 230. Ebenso für das preußische Recht Förster-Eccius S. 638 Anm. 61 gegen Dernburg, Lehrbuch S. 406 Anm. 11.

[2]) Als solche wird die Einrede des § 1973 BGB. vom Gesetz anerkannt. Tatsächlich ist sie nur dann peremtorisch, wenn der Nachlaß völlig erschöpft und eine Bereicherung des Erben aus dem Nachlasse überhaupt nicht mehr vorhanden ist. Ist dies nicht der Fall, so wendet sie sich nur gegen den Anspruch des Gläubigers auf Befriedigung in voller Höhe (und in der von ihm geforderten Art); sie ist also in Wahrheit, wie Endemann Bd. 1 S. 516 Anm. 33 richtig hervorhebt, „ein rechtminderndes Gegenrecht, denn das Forderungsrecht des Nachlaßgläubigers wird materiell verkürzt". Unrichtig ist jedenfalls, wenn Planck-Ritgen (S. 77) die Einrede als dilatorische anspricht. Damit steht schon die Form der Einrede im Widerspruch. Es handelt sich doch nicht um eine nur vorübergehend bestehende Berechtigung zur Befriedigungsverweigerung.

pfänger auf Grund eines erlangten Rechtes als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt. Neben die Bestimmung des § 818 Abs. 2, daß, wenn die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich, oder der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außerstande ist, er den Wert ersetzen muß, tritt im Falle des § 1973 der Satz 2 des Abs. 2, der dem Erben auch im Falle der Möglichkeit der Herausgabe der übrigen Nachlaßgegenstände Zahlung des Wertes derselben an Stelle der Herausgabe gestattet.[1]) Nach § 818 Abs. 3 ist die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatze des Wertes ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. Der maßgebende Zeitpunkt ist der Eintritt der Rechtshängigkeit, wie sich aus Abs. 4 ergibt. Dabei ist gleichgültig, ob der Grund des Wegfalls der Bereicherung in einem vorsätzlichen oder fahrlässigen Tun des Empfängers oder in einem Zufall besteht.[2]) Hierin liegt zugleich eine weitere Wirkung des Ausschlußurteils, die wir schon oben gestreift haben: es kommen für die Verantwortlichkeit des Erben bezüglich des Nachlasses nicht die §§ 1978, 1980 BGB. in Betracht, sondern der Erbe ist den ausgeschlossenen Gläubigern für die Verwaltung des Nachlasses überhaupt nicht verantwortlich.[3]) Er braucht also z. B. für nicht gezogene Nutzungen und für Nachlaßsachen, die durch sein Verschulden untergegangen sind, keinen Ersatz zu leisten, und hat er Veräußerungen oder Schenkungen über Nachlaßgegenstände vorgenommen oder verbrauchbare Sachen verbraucht, so kann ihn später ein ausgeschlossener Gläubiger, falls nicht mehr genug für ihn übrig ist, nicht für diese Maßnahmen verantwortlich machen, wenn sie dem Bestande des Nachlasses schädlich gewesen sind. Vielmehr haftet der Erbe ihm nach § 818 Abs. 1 nur insoweit, als er für den veräußerten Gegenstand einen Ersatz erlangt hat und dadurch bereichert ist, bezw. inso-

---

[1]) vgl. unten S. 73 d. A. Der Unterschied dieser beiden Fälle des Wertersatzes zeigt sich in der Beweislast: während im Falle des § 818 Abs. 2 der Beweis für die Höhe des zu ersetzenden Wertes dem Kläger obliegt, ist im Falle des § 1973 Abs. 2 Satz 2 der Erbe beweispflichtig.

[2]) vgl. Fischer-Henle S. 382 (Anm. 8 zu § 818); Eccius S. 152, der die Motive zu § 818 zitiert.

[3]) vgl. jedoch die Wirkung der Rechtshängigkeit und der Kenntnis S. 52 f. d. A.

weit, als er infolge des Verbrauchs von Nachlaßsachen aus seinem eigenen Vermögen nötige Aufwendungen erspart hat.[1])

Wenden wir nun diese Bereicherungsgrundsätze auf den Bestand des Nachlasses an, so gestaltet sich die Berechnung des Überschusses folgendermaßen:

A. Dem Aktivbestande des Nachlasses, bestehend aus unbeweglichen Sachen, beweglichen Sachen und Rechten, sind zunächst hinzuzurechnen:

a) diejenigen Rechte des Erblassers gegen den Erben, die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit erloschen sind, soweit der Erbe durch sie jetzt noch bereichert ist;[2])

b) die gezogenen Nutzungen; dann solche Sachen, durch deren Verbrauch der Erbe notwendige, sonst aus seinem Vermögen zu machende Aufwendungen erspart hat, sowie Surrogate, die der Erbe für Gegenstände des Nachlasses erlangt hat. Hierunter gehört auch der Fall, daß der Erbe irrtümlich an einen Gläubiger zahlt, der in Wahrheit nichts zu fordern hat; dann ist der Erbe um den Rückforderungsanspruch bereichert, und dieser gehört zum Nachlasse.[3])

B. Andererseits sind in Abzug zu bringen:

---

[1]) Hieraus erklärt sich auch der § 228 Abs. 2 KO., demgemäß ausgeschlossene Gläubiger im Nachlaßkonkurse auf dasjenige, was der Erbe auf Grund der Vorschriften der §§ 1978–1980 BGB. zur Masse zu ersetzen hat, nur insoweit Anspruch haben, als der Erbe auch nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung ersatzpflichtig sein würde. Im übrigen vgl. Strohal S. 239 f.; Planck-Ritgen S. 78; Hagen S. 154.

[2]) vgl. Strohal S. 237; Dernburg, Erbrecht S. 468; Binder Teil 2 S. 116; Weißler S. 340; Enneccerus-Lehmann S. 696; Mayer-Reis S. 231 Anm. 6; a. M. Staudinger-Herzfelder S. 145, der diese Verbindlichkeiten des Erben als erloschen behandeln will und daher bei der Berechnung des Überschusses außer Betracht läßt, weil es an einer dem § 1991 Abs. 2 BGB. entsprechenden Vorschrift fehle. Dieser Grund ist aber deshalb nicht durchschlagend, weil dort für die Herausgabe des Nachlasses der § 1978 BGB., also die Grundsätze über den Auftrag bezw. die Geschäftsführung ohne Auftrag, nicht die über ungerechtfertigte Bereicherung maßgebend sind. Aus diesem Grunde war die besondere Bestimmung des § 1991 Abs. 2 erforderlich, während sich hier die Anrechnung dieser Forderungen aus der Haftung nach Bereicherungsgrundsätzen ergibt. Über den dabei bestehenden Unterschied vgl. unten S. 56 d. A. Im übrigen beruht das Fehlen einer dem § 1991 Abs. 2 analogen Vorschrift auf einem ganz andern, tieferen Grunde; vgl. unten S. 55 f., 58 f. d. A.

[3]) vgl. Strohal S. 242 Anm. 21; Kipp S. 465.

a) die Rechte, die der Erbe selbst gegen den Erblasser hatte und die durch Konfusion erloschen sind;[1][2])

b) alle Aufwendungen, die der Erbe auf den Nachlaß gemacht hat. Hierzu gehört vor allem die Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten. Abzuziehen sind die Forderungen der nicht ausgeschlossenen Gläubiger, und zwar sowohl die schon beglichenen als die noch ausstehenden. Denn es heißt in Satz 1 des Abs. 1 unseres Paragraphen „erschöpft wird", nicht „erschöpft ist"; damit soll eben ausgedrückt werden, daß der Nachlaß sich nicht nur durch jede Leistung des Erben an nicht ausgeschlossene Gläubiger[3]), sondern auch um die Beträge derjenigen Forderungen nicht ausgeschlossener Gläubiger vermindert, die der Erbe noch nicht befriedigt hat. Es ergibt sich dies auch aus dem Grundsatze der Bereicherung; denn da der Erbe den nicht ausgeschlossenen Gläubigern in Höhe ihrer Forderungen haftet — und zwar vor den ausgeschlossenen —, so ist er eben in dieser Höhe nicht bereichert.[4])

Abzuziehen sind ferner die Beträge, die zur Zeit der Geltendmachung der Forderung seitens des ausgeschlossenen Gläubigers auf Pflichtteilsansprüche und Ansprüche aus Vermächtnissen und Auflagen bereits ausgezahlt sind. Denn nach § 1973 Abs. 1 Satz 2[5]) ist zwar der Erbe verpflichtet, diese Verbindlichkeiten, die ja der Ausschließung im Aufgebotsverfahren überhaupt nicht unterliegen, erst nach Befriedigung der ausgeschlossenen Gläubiger aus dem dann etwa noch vorhandenen

---

[1]) vgl. Binder Teil 2 S. 116; Strohal S. 238, sowie dort Anm. 15; Dernburg, Erbrecht S. 468. Hier würde die gegenteilige Ansicht von Staudinger-Herzfelder S. 145 (vgl. Anm. 2 auf S. 49 d. A.), der auch diese Forderungen als durch Konfusion erloschen nicht in Rechnung bringt, dazu führen, daß der Erbe über seine Bereicherung hinaus den ausgeschlossenen Gläubigern zu haften verpflichtet wäre, was doch sicherlich nicht der Absicht des Gesetzgebers entspricht.

[2]) Ist Nachlaßverwaltung angeordnet oder Nachlaßkonkurs eröffnet, so würden diese Forderungen auch wegen des § 1976 BGB. als nicht erloschen gelten. Wegen des dabei bestehenden Unterschiedes vgl. unten S. 56 d. A.

[3]) Der Erbe braucht also später nicht etwa zu beweisen, daß der befriedigte Anspruch wirklich bestanden hat; denn es kommt ja nur darauf an, daß er infolge der Befriedigung des Gläubigers nicht mehr bereichert ist.

[4]) Darüber, ob und unter welchen Umständen der Erbe bei noch ausstehender Befriedigung nicht ausgeschlossener Gläubiger die Herausgabe des Überschusses verweigern kann, vgl. unten S. 72 f. d. A.

[5]) Dieser Satz ist erst durch die Reichstagskommission hinzugefügt worden.

Nachlasse zu berichtigen.[1]) Macht aber der Gläubiger seine Forderung nicht rechtzeitig, d. h. vor Berichtigung dieser Verbindlichkeit, geltend[2]), wobei außergerichtliche Geltendmachung genügt[3]), so steht ihm ein Anspruch gegen den Erben nicht mehr zu.[4]) Der Erbe ist eben um die ausgezahlten Beträge nicht bereichert, und der noch vorhandene Nachlaß vermindert sich also dementsprechend.

Anders, wenn der Erbe entgegen seiner Verpflichtung diese Ansprüche nach Geltendmachung der ausgeschlossenen Forderung berichtigt; diese Minderung des Nachlaßbestandes braucht sich der ausgeschlossene Gläubiger nicht gefallen zu lassen, der Erbe hat vielmehr den Nachlaß erst um die unrechtmäßig daraus entnommenen Beträge wieder zu ergänzen.

Abzuziehen sind ferner die Forderungen anderer ausgeschlossener Gläubiger, soweit sie der Erbe bereits befriedigt hat. Denn bei dieser Befriedigung ausgeschlossener Gläubiger ist der Erbe an die Beobachtung einer bestimmten Rangordnung oder Reihenfolge der Gläubiger nicht gebunden. Er braucht also weder die Zeitfolge der Meldung, noch die Vorrechte einzelner Forderungen, noch selbst die Klageerhebung zu

[1]) Dieser Bestimmung entsprechend ist die Stellung der ausgeschlossenen Gläubiger im Nachlaßkonkurse geregelt; ihre Befriedigung erfolgt nach § 226 Abs. 4 KO. vor den Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen, aber hinter allen andern Konkursforderungen (vgl. auch §§ 228 Abs. 2 und 230 Abs. 2 KO.), d. h. hinter den bevorrechteten Konkursforderungen des § 61 Ziff. 1—5 KO., den einfachen Konkursforderungen des § 6 Ziff. KO., den seit der Nachlaßkonkurseröffnung laufenden Zinsen dieser Forderungen, den gegen den Erblasser erkannten Geldstrafen und den Verbindlichkeiten aus einer Freigebigkeit unter Lebenden (§ 226 KO.).

[2]) Es kommt also auf die Kenntnis des Erben von dem Bestehen der ausgeschlossenen Forderung hierfür nicht an.

[3]) vgl. Motive S. 650; Strohal S. 228; Planck-Ritgen S. 78; Wilke-Koffka S. 44; Staudinger-Herzfelder S. 141. Daß schon außergerichtliche Geltendmachung genügt, ergibt sich daraus, daß das Gesetzbuch in allen Fällen, in denen gerichtliche Geltendmachung erforderlich ist, dies besonders verlangt, z. B. in den §§ 1380, 1394, 1407, 1958 BGB. Deshalb sind auch die Worte „gerichtlich oder außergerichtlich" des I. Entwurfes im II. Entwurfe gestrichen worden.

[4]) Der Gläubiger kann jedoch auf Grund des § 222 KO. und des § 3a des Ges. betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens die an die Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnisnehmer oder Auflageempfänger bewirkten Leistungen in gleicher Weise anfechten wie eine unentgeltliche Verfügung des Erben: vgl. hierzu die §§ 32, 37 Abs. 2, 41 der KO., sowie § 3 Ziff. 3 und 4, § 7 Abs. 2 des Anfechtungsgesetzes.

berücksichtigen; auch braucht er nicht unter mehreren Gläubigern eine Verteilung vorzunehmen. Dies folgt einerseits aus dem Fehlen einer diesbezüglichen Vorschrift im Gesetze, andererseits aus dem Gange der Entwicklung des § 1973 BGB.; von der zweiten Kommission wurde nämlich der Satz 3 des § 2118 des I. Entwurfs, aus dem unser § 1973 entstanden ist, enthaltend die Worte: „Die Gläubiger können nicht verlangen, daß der Erbe ihre Befriedigung nach einer gewissen Rangordnung oder Reihenfolge bewirkt" als selbstverständlich gestrichen (Motive S. 640, 649 f.; Protokolle S. 771).[1])

Abzuziehen sind ferner diejenigen Beträge von Forderungen ausgeschlossener Gläubiger, die der Erbe zwar noch nicht befriedigt hat, zu deren Befriedigung er aber rechtskräftig verurteilt ist (§ 1973 Abs. 2 Satz 3).[2]) Denn dasjenige, was er zu leisten verurteilt ist, mindert seine Bereicherung ebenso wie das, was er schon geleistet hat.

Was die sonstigen Aufwendungen betrifft, die der Erbe gemacht hat, so sind sie ohne Ausnahme vom Nachlasse abzuziehen; es kommt nicht darauf an, ob sie notwendig, nützlich oder überflüssig waren, oder ob der Erbe sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte.[3])[4])

Im vorstehenden ist die Größe des Überschusses und somit der Umfang der Herausgabepflicht berechnet worden, und zwar zu dem für die Herausgabepflicht maßgebenden Zeitpunkte, nämlich zur Zeit der Rechtshängigkeit des Anspruchs. Daß dies der maßgebende Zeitpunkt ist, ergibt sich einerseits aus der Vorschrift, daß die Herausgabe nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung erfolgen soll, andrerseits aus der Bestimmung des § 818 Abs. 4 BGB., der diese Grundsätze nur bis zum Eintritte der Rechtshängigkeit für anwendbar erklärt.

Mit diesem Momente ändert sich die Haftung des Erben; nach § 818 Abs. 4 haftet er nunmehr nach den allgemeinen Vorschriften.

---

[1]) vgl. ferner Hagen S. 156; Planck-Ritgen S. 80; Staudinger-Herzfelder S. 147.

[2]) Ein Urteil auf Feststellung genügt nicht.

[3]) vgl. Strohal S. 240; Staudinger-Herzfelder S. 146; Planck-Ritgen S. 79.

[4]) Hierin unterscheidet sich der Ersatz von Aufwendungen im Falle des § 1973 von dem der §§ 1990 ff., wo er sich nach den Bestimmungen der §§ 670, 683 BGB. richtet.

Der Rechtshängigkeit steht nach § 819 BGB. die Erlangung der Kenntnis von der Existenz des Anspruchs gleich. Von nun an hat der Erbe dem ausgeschlossenen Gläubiger Ersatz zu leisten für fructus percipiendi (§ 987 Abs. 2 BGB.), er ist ihm für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem andern Grunde nicht herausgegeben werden kann (§ 989 BGB.); er kann nur die auf den Nachlaß gemachten notwendigen Verwendungen dem ausgeschlossenen Gläubiger in Rechnung stellen, und zwar nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 994 BGB.). Im Falle der Verpflichtung zur Herausgabe einer Geldsumme hat er diese von dem angegebenen Zeitpunkte an zu verzinsen (§ 291 BGB.).

Für diese mit der Rechtshängigkeit bezw. der Kenntnis des Anspruchs eintretende erhöhte Verantwortlichkeit des Erben gilt jedoch die Besonderheit, daß sie sich nicht auf die Minderung des Nachlasses durch Befriedigung ausgeschlossener Gläubiger erstreckt. Denn da der Erbe nicht nötig hat, bei deren Befriedigung eine bestimmte Rangordnung einzuhalten, und da weder die Reihenfolge der Meldung, noch die Klagerhebung, sondern erst die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung ein Vorrecht begründet, so muß sich der ausgeschlossene Gläubiger die Befriedigung anderer ausgeschlossener Gläubiger gefallen lassen. Die Verantwortlichkeit des Erben gegenüber einem ausgeschlossenen Gläubiger seit der Rechtshängigkeit oder der Kenntnis des Anspruchs erstreckt sich also nicht auf solche Maßnahmen bezüglich des Nachlasses, durch die zwar der Nachlaßbestand vermindert, aber ausgeschlossene Gläubiger befriedigt werden, sondern nur auf andere Maßnahmen, die eine Befriedigung solcher Gläubiger nicht herbeigeführt haben.[1])

[1]) Ähnlich Hagen S. 158; Strohal S. 240 Anm. 17c. Daß für die Befriedigung der dem Aufgebote nicht unterliegenden Gläubiger des § 1972 BGB. der Zeitpunkt der Geltendmachung des ausgeschlossenen Anspruchs maßgebend ist, insofern als eine Verantwortlichkeit des Erben eintritt, wenn er nach Geltendmachung dieses ausgeschlossenen Anspruchs die Gläubiger des § 1972 befriedigt, ist schon oben S. 51 gesagt worden.

§ 2.

§ 1973 BGB. ist keine Haftungsbeschränkung im technischen Sinne.

Es fragt sich nunmehr, welcher Art die durch § 1973 gegebene Einschränkung der Haftung ist. Handelt es sich bei dieser Wirkung des Ausschlußurteils um eine Haftungsbeschränkung im technischen Sinne, wie sie durch Nachlaßverwaltung, Nachlaßkonkurs bezw. die Einrede des § 1990 BGB. herbeigeführt wird, oder ist die Wirkung des § 1973 eine geringere? Die Frage ist von großer Bedeutung für die Auffassung des Wesens des Aufgebots der Nachlaßgläubiger sowie auch für die Art der Geltendmachung der Einrede des § 1973 im Prozesse.

In der Literatur herrscht Streit über diese Frage. Die Mehrzahl der Schriftsteller[1]) ist der Ansicht, § 1973 gewähre — den ausgeschlossenen Gläubigern gegenüber — eine Haftungsbeschränkung im technischen Sinne. Sie stützen sich vor allem darauf, daß im Gesetz selbst, nämlich in § 2013 Abs. 1 Satz 2 der § 1973 eine „Haftungsbeschränkung" genannt ist.

Dem ist jedoch nicht beizutreten.[2]) Abgesehen davon, daß der § 2013 BGB. seine Fassung nicht durch die zweite Kommission, sondern im wesentlichen durch den Bundesrat erhalten hat, ist zu erwidern, daß eine derartige Übereinstimmung der Worte und selbst ausdrücklicher termini technici im Gesetz weder streng durchgeführt noch auch erstrebt ist. Man denke nur an ein so technisches Wort wie „Anspruch", das im Bürgerlichen Gesetzbuch trotz der Definition in § 194 doch mehrmals in durchaus anderem Sinne, nämlich im Sinne der ZPO., gebraucht ist.[3])

[1]) vgl. Staudinger-Herzfelder S. 120, 123; Planck-Ritgen S. 78; Dernburg, Erbrecht S. 459, 461, 463; Weißler S. 342; Hagen S. 135; Fischer-Henle S. 933; Frommhold S. 41, 45; Neumann S. 441.

[2]) vgl. auch Strohal S. 193, der in Anm. 6 a. a. O. mit Recht betont, daß der § 1973 BGB. schon deshalb nicht durch die Beschränkung der Haftung im technischen Sinne mit umfaßt werden kann, weil es möglich ist, daß die nach § 1973 gegenüber einzelnen Nachlaßgläubigern eingetretene Einschränkung der Haftung des Erben nach Maßgabe des § 2013 Abs. 1 Satz 2 BGB. auch einem Erben zu statten kommt, der für die Nachlaßverbindlichkeiten „unbeschränkt" haftet; vgl. ferner Rechtspr. d. Oberlandesger. Bd. 7 S. 134.

[3]) vgl. §§ 1958, 2213 BGB., auch Art. 6 EG. BGB., sowie Hellwig, Anspruch S. 5 Anm. 15.

Nach § 1973 BGB. erhält der Erbe eine Einrede, durch welche er den ausgeschlossenen Gläubigern gegenüber zur Verweigerung der Leistung aus seinem eigenen Vermögen, d. h. aus dem Nicht-Nachlaßvermögen, berechtigt ist. Praktisch ist somit regelmäßig der Erfolg des § 1973 gegenüber den ausgeschlossenen Gläubigern der, daß der Erbe, der sich auf ihn beruft, ihnen gegenüber nur noch mit dem Nachlasse haftet. In diesem Sinne daher, aber auch nur in diesem, bedeutet § 1973 wirtschaftlich zweifellos eine Haftungseinschränkung oder Haftungsbeschränkung, und nur in diesem Sinne ist der § 2013 zu verstehen, wenn auch zugegeben werden muß, daß die Fassung nicht glücklich gewählt ist, und daß hier weniger mißverständlich von einer „Haftungseinschränkung" gesprochen worden wäre. Eine Haftungsbeschränkung im technischen Sinne ist § 1973 BGB. nicht; dafür gibt das Gesetz selbst deutliche Anhaltspunkte.

Im Falle einer Haftungsbeschränkung im technischen Sinne (§§ 1975, 1990 BGB.), d. h. einer Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten einzig und allein mit dem Nachlasse, tritt eine Trennung von Nachlaß und Privaterbenvermögen ein. Diese Tatsache drückt das Gesetz durch den Satz aus:

„Die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse gelten als nicht erloschen" (vgl. §§ 1976, 1991 Abs. 2, ferner § 2143 BGB.).

Die Rückgängigmachung der mit dem Erbfall eingetretenen Konfusion der Rechte ist die natürliche und notwendige Begleiterscheinung der Trennung der beiden Vermögensmassen. Diese Rückgängigmachung wirkt nach der ausdrücklichen Fassung der Gesetzesvorschrift zurück auf den Erbfall. Die Vereinigung gilt als ex tunc erloschen, es ist eine Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes. Nur in den Fällen, in denen das Gesetz ausdrücklich eine Wiederherstellung eines früheren Rechtszustandes mit Wirkung ex tunc bestimmt, kann eine Trennung bisher verschmolzener Vermögensmassen angenommen werden; fehlt es an einer solchen Bestimmung, ohne daß das Gesetz in anderer Weise die Trennung kenntlich macht, so kann eine Vermögensabsonderung nicht vorliegen.

Bei der Haftungseinschränkung nach § 1973 BGB. suchen wir vergebens nach einer Gesetzesvorschrift, aus der sich die Trennung von

Nachlaß und Erbenvermögen ableiten ließe; es fehlt insbesondere die in den sonstigen Fällen der Beschränkung der Erbenhaftung regelmäßig wiederkehrende Formel des § 1976 BGB. Hieraus ergibt sich aber als unabweisliche Folge:

Im Falle des § 1973 BGB. tritt eine Trennung von Nachlaß und Erbenvermögen nicht ein. Das Vermögen des Erblassers und das der Erben bleiben als ein einheitliches verschmolzen: § 1973 BGB. ist daher kein Fall der Haftungsbeschränkung im technischen Sinne.

Ist aber eine solche ausdrückliche, dem § 1976 analoge Bestimmung im Falle des § 1973 nicht vielleicht deshalb überflüssig, weil hier bei der Berechnung des Nachlaßüberschusses infolge der Anwendung der Bereicherungsgrundsätze ohnehin die durch den Erbfall erloschenen Rechte und Verbindlichkeiten zu berücksichtigen, weil insbesondere die Forderungen des Erblassers gegen den Erben hinzuzurechnen, diejenigen des Erben gegen den Erblasser abzuziehen sind? [1])

Keineswegs; denn zwischen dem Aufleben der erloschenen Rechte und Verbindlichkeiten in beiden Fällen besteht ein bedeutungsvoller Unterschied. In § 1973, bei Anwendung der Bereicherungsgrundsätze, werden diese Rechte berücksichtigt mit dem Werte, den sie jetzt als Bereicherung des Erben haben, mit dem Werte ex nunc, dagegen bei der mit dinglicher Wirkung eintretenden Trennung der Vermögensmassen mit dem Werte ex tunc. Nur soweit der Erbe zur Zeit noch durch die auflebende Forderung bereichert ist, kommt sie im Falle des § 1973 in Betracht, möglicherweise also überhaupt nicht, wenn eine Bereicherung gar nicht mehr vorhanden ist (§ 818 Abs. 3 BGB.).[2])

---

[1]) vgl. oben S. 49 und 50 d. A.

[2]) Beispiel: Der Erbe schuldete dem Erblasser ein Pferd. Durch den Tod des Erblassers (Erbfall) ist diese Forderung des Erblassers gegen den Erben erloschen. 8 Tage nach dem Erbfall tötet der Erbe aus irgendeinem Grunde das Pferd, nachdem er in der Zwischenzeit bereits Nachlaßverwaltung bezw. Nachlaßkonkurs beantragt hat. — Fall a) Es wird Nachlaßverwaltung angeordnet oder Nachlaßkonkurs eröffnet. Dann lebt die Forderung des Erblassers gegen den Erben wieder auf; der Erbe schuldet nun der Nachlaßmasse das Pferd, und der Nachlaßverwalter bezw. Konkursverwalter verlangt es vom Erben heraus. Die Forderung auf das Pferd bezw. dessen Wert gehört zur Nachlaßmasse. — Fall b) Nachlaßverwaltung ist nicht angeordnet, Nachlaßkonkurs nicht eröffnet. Ein im

Aber gerade das Wiederaufleben erloschener Rechte mit Wirkung ex tunc ist charakteristisch für die Beschränkung der Haftung im technischen Sinne. Es bleibt also bei der oben getroffenen Feststellung: § 1973 ist keine „Haftungsbeschränkung".

Wir haben diesen Satz soeben aus dem Fehlen einer auf die Trennung der Vermögensmassen hindeutenden Gesetzesvorschrift abgeleitet. Er ergibt sich aber auch positiv aus den Worten des Gesetzes, aus § 1973 selbst, und zwar auf Grund folgender Erwägung:

„Haftungsbeschränkung" ist gleichbedeutend mit „Trennung der durch den Erbfall vereinten Vermögensmassen". Während es im Falle des Erbfalls besondere Nachlaßrechte und Nachlaßverbindlichkeiten, die von den besonderen Rechten und Verbindlichkeiten des Erben geschieden wären, nicht mehr gab, tritt durch die Beschränkung der Haftung mit Wirkung ex tunc eine solche Trennung wieder ein. Diese Trennung ist eine äußerst intensive. Es ist fast, als wenn Nachlaß und Erbe einander wie zwei getrennte Subjekte gegenüberstehen; der Erbe kann gegen den Nachlaß, der Nachlaß gegen den Erben Forderungen und Schulden haben. Die Verwalter des Nachlasses können gegen den Erben, dieser gegen jene Prozesse führen, so daß von verschiedenen Rechtslehrern[1]) sogar angenommen worden ist, der Nachlaß sei selbst ein Rechtssubjekt.

Die Haftung des Erben soll nun im Falle des § 1973 derart sein, daß er nach den Grundsätzen einer ungerechtfertigten Bereicherung haftet, während er im Falle der Trennung (Haftungsbeschränkung) nach

---

Aufgebotsverfahren ausgeschlossener Nachlaßgläubiger, von dessen Existenz der Erbe zur Zeit der Tötung des Pferdes keine Kenntnis hatte, verklagt den Erben. Seine Befriedigung erfolgt aus dem Nachlaßüberschuß. An sich würde die Forderung des Erblassers gegen den Erben auf Leistung des Pferdes dem Überschuß hinzuzurechnen sein. Denn da sie durch den Erbfall erlosch, der Erbe mithin nicht zu leisten brauchte, war er damals um dieses Pferd bereichert und wäre es auch jetzt noch, wenn das Pferd noch vorhanden wäre. Nun ist es aber nachträglich untergegangen, aus welchem Grunde, ist völlig unerheblich; eine Bereicherung des Erben besteht jedenfalls zur Zeit der Berechnung des Überschusses nicht mehr. Der Erbe hat also nicht etwa den Nachlaßüberschuß um den Wert des Pferdes zu erhöhen, wie im Falle der Trennung von Nachlaß und Erbenvermögen, sondern in Ermangelung einer Bereicherung seinerseits ist ein solcher Wertersatz ausgeschlossen.

[1]) z. B. Kohler.

den Grundsätzen einer Geschäftsführung ohne Auftrag bezw. nach den Grundsätzen des Auftrags haftet.

Ist es nun denkbar, daß der Erbe, obwohl der Nachlaß von seinem Vermögen getrennt wäre (somit eine Haftungsbeschränkung eingetreten wäre), trotzdem nach den Grundsätzen einer ungerechtfertigten Bereicherung haftet?

Nein, denn eine ungerechtfertigte Bereicherung ist begrifflich nur möglich bei einem einheitlichen Vermögen; Bereicherung bedeutet ja nichts anderes als das Plus des vorher vorhanden gewesenen Vermögensstandes. Wären nun beide Vermögen getrennt, so wäre das Vermögen des Erben nicht mehr bereichert, da das Plus, das ihm durch den Erbfall zugekommen ist, sich abgelöst hätte und einen eigenen Vermögenskomplex bildete. Es könnte hier nur in Frage kommen, ob der Erbe diesen Vermögenskomplex richtig aus seinem Vermögen ausgesondert hat, ob nicht der Nachlaß auf Kosten des Erbenvermögens oder das Erbenvermögen auf Kosten des Nachlasses der wirklichen Rechtslage zuwider ein tatsächliches Plus oder Minus zeigen, so daß eine dieser beiden Massen auf Kosten der anderen ungerechtfertigt bereichert wäre. Zur Befriedigung der gewöhnlichen Nachlaßgläubiger dient im Falle der Beschränkung der Haftung (Nachlaßverwaltung, Nachlaßkonkurs, § 1990 BGB.) der Nachlaß, ein aus dem sonstigen Erbenvermögen - im Sinne der Konkursordnung — mit dinglicher Wirkung ausgesondertes Vermögen; der Befriedigungsanspruch des ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers dagegen erstreckt sich nur auf das im Gesamterbenvermögen vorhandene, das ursprüngliche Privatvermögen des Erben übersteigende und aus dem Nachlaß herrührende Plus, die Bereicherung. In diesem Sinne können daher die Nachlaßgläubiger im Falle der „Haftungsbeschränkung" den Nachlaß aus dem Gesamterbenvermögen — sit venia verbo — vindizieren, im Falle des § 1973 den Überschuß nur kondizieren.[1]) Oder mit anderen Worten: Nach §§ 1975 und 1990 BGB. haftet der Erbe für sämtliche Nachlaßverbindlichkeiten in ihrer ganzen Höhe nur mit dem abge-

[1]) Eine solche condictio entspricht nicht der tatsächlichen Rechtslage, denn der ausgeschlossene Gläubiger klagt nicht direkt auf die Bereicherung (vgl. unten S. 74 d. A.). Die Heranziehung der beiden Begriffe condictio und vindicatio soll nur zur Veranschaulichung dienen und den begrifflichen Unterschied zwischen den Fällen der Haftungsbeschränkung κατ' ἐξοχήν und dem § 1973 deutlicher herauszuheben.

sonderten Nachlasse, d. h. er haftet nicht persönlich, sondern sachlich beschränkt.

Dagegen nach § 1973 BGB. haftet der Erbe den ausgeschlossenen Gläubigern für sämtliche (ausgeschlossene) Nachlaßschulden bis zu einem bestimmten Höchstbetrage, nämlich bis zur Höhe seiner aus dem Nachlasse stammenden Bereicherung; für diesen Betrag haftet er aber mit seinem ganzen Vermögen. Diese Haftung ist eine persönliche, aber quantitativ beschränkte.[1][2])

Eine Haftungsbeschränkung im technischen Sinne bringt aber begrifflich eine Haftung im ersteren Sinne, nämlich eine nicht persönliche, sondern sachlich -- auf den Nachlaß — beschränkte mit sich. Wir kommen also wiederum zu dem Resultat, daß der § 1973 BGB. eine Beschränkung der Haftung im technischen Sinne nicht ist.[3]) [4])

---

[1]) Es muß als unrichtig bezeichnet werden, wenn Dernburg (Erbrecht S. 467) sagt, der Erbe haftе nach § 1973 „nicht persönlich als Schuldner, vielmehr nur sachlich mit dem Nachlaßrest".

[2]) Auf Grund dieses Ergebnisses möchte ich die Möglichkeit der Eröffnung eines Konkurses durch mehrere ausgeschlossene Gläubiger zum Zwecke gleichmäßiger Befriedigung über den nach Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger verbleibenden Überschuß verneinen, da die hierbei erforderliche Aussonderung des Überschusses aus dem Gesamterbenvermögen sich mit der oben begründeten persönlichen, nur quantitativ beschränkten Haftung gegenüber den ausgeschlossenen Gläubigern nicht verträgt. — Die Möglichkeit eines solchen Konkurses über den Überschuß nehmen an Jäger, KO. S. 874; derselbe, Erbenhaftung S. 11 Anm. 32 und S. 42; Binder Teil 2 S. 167 Anm. 32; Böhm, Erbrecht S. 379; Frommhold S. 48; Mayer-Reis S. 246. Gegen Jäger vgl. Staudinger-Herzfelder S. 147 f. — vgl. ferner Pelargus (S. 247 f.), welcher meint, unter mehreren ausgeschlossenen Gläubigern komme es bei Unzulänglichkeit des Nachlaßrestes zum gewöhnlichen Verteilungsverfahren gemäß §§ 872—882 ZPO. Dies ist richtig, wird aber m. E. nur selten vorkommen, denn Voraussetzung dafür ist, daß bevor das Urteil des ersten ausgeschlossenen Gläubigers gegen den Erben rechtskräftig geworden ist — da andernfalls § 1973 Abs. 2 Satz 3 BGB. eingreift — ein zweiter ausgeschlossener Gläubiger ein Urteil, und zwar ein vorläufig vollstreckbares, erwirkt, und daß der Gerichtsvollzieher eine Anschlußpfändung vornimmt (vgl. §§ 826, 827 ZPO.).

[3]) Übrigens hat auch schon äußerlich das Gesetz dies durch die Stellung des Gläubigeraufgebots im Systeme — nicht unter dem Abschnitte „Beschränkung der Haftung des Erben", sondern vor demselben — zum Ausdrucke gebracht.

[4]) Hieraus folgt schon ohne weiteres, daß die §§ 780, 781 ZPO. im Falle

§ 3.

Die „Herausgabe" des Überschusses.

Nachdem wir oben den Umfang der Herausgabepflicht festgestellt haben, wollen wir nunmehr auf diese Verpflichtung selbst näher eingehen. Der Überschuß ist, wie § 1973 Abs. 2 Satz 1 besagt, „zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben".

I. Die etwas unklare Fassung[1]) läßt nicht ohne weiteres erkennen, ob die Worte „im Wege der Zwangsvollstreckung" zu „Herausgabe" oder zu „Befriedigung" zu ziehen sind.[2]) Ersteres nimmt Wendt (S. 382 und 386) an, letzteres ist die überwiegende Ansicht der darüber vorhandenen Literatur.[3])

Eine Herausgabe im Wege der Zwangsvollstreckung ist aber ein Widerspruch in sich selbst. Entweder der Erbe gibt die Nachlaßsachen freiwillig heraus; dann ist ein Zwang gegen ihn unnötig. Oder er läßt sich zur Herausgabe zwingen; dann gibt er eben nicht heraus, sondern ihm wird vom Gerichtsvollzieher weggenommen.[4])

Es liegt nun gar kein Grund vor, gegen einen Erben, der zur Herausgabe sich freiwillig erbietet, diesen Zwang anzuwenden, und auf der andern Seite den Gläubiger in jedem Falle zu zwingen, erst einen vollstreckbaren Titel sich zu verschaffen, um die Herausgabe der übrigen Nachlaßsachen zu erreichen. Es kommt noch hinzu, daß die Worte

---

einer Haftungseinschränkung nach § 1973 BGB. nicht zur Anwendung kommen können; vgl. unten S. 77 f. d. A.

[1]) Überhaupt ist § 1973 recht unglücklich gefaßt. Binder (Teil 2 S. 122) nennt ihn eine „legislative Mißgeburt, die nur durch einen operativen Eingriff lebensfähig gemacht werden kann".

[2]) Das gleiche gilt in § 1990 BGB.

[3]) vgl. Binder Teil 2 S. 118 f., 124; Staudinger-Herzfelder S. 143; Planck-Ritgen S. 80; Strohal S. 243; Weißler S. 333; Jäger, Erbenhaftung S. 7; Wilke-Koffka S. 44; Böhm, Erbrecht S. 366 Anm. 1; Hachenburg S. 684; Frommhold S. 47; Oetker S. 187; Rosenmeyer S. 284.

[4]) Dies hat auch schon Wendt S. 382 bemerkt, ohne sich dadurch in seiner Auffassung beirren zu lassen.

„im Wege der Zwangsvollstreckung" und „herausgeben" durch die Wendung „nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung" getrennt sind. Dies deutet darauf hin, daß „Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung" zusammengehört, daß also die Herausgabe zu erfolgen hat zwecks Befriedigung durch Zwangsvollstreckung.

Der Sinn dieser Vorschrift ist: Der Erbe ist verpflichtet zur Herausgabe nur gegenüber einem Gläubiger, der den herausgegebenen Nachlaßgegenstand mittelst Zwangsvollstreckung verwertet. Es ist ihm also unbenommen, den Gegenstand auch einem Gläubiger herauszugeben, der sich durch Privatverkauf daraus befriedigen will, sei es um Kosten zu ersparen, oder weil der Gegenstand leicht verdirbt, oder aus irgend welchem anderen Grunde. Das könnte aber für den Erben folgende Unannehmlichkeit nach sich ziehen: Wenn nach diesem Gläubiger ein zweiter ausgeschlossener Gläubiger sich meldete, und es wäre kein oder ein für seine Forderung ungenügender Überrest vorhanden, so könnte der Gläubiger behaupten, daß die dem früheren Gläubiger herausgegebenen Nachlaßgegenstände einen höheren Wert gehabt hätten als die Forderung des Gläubigers, und daß also der Nachlaß noch nicht erschöpft sei. Dann hätte der Erbe mit dem Gläubiger über den Betrag dieses Wertes Prozeß zu führen, und in diesem würde ihm sogar ein getreulich und fristgerecht errichtetes Inventar keine Hilfe bieten, da sich die Vermutung des § 2009 BGB. nicht auf den Wert, sondern nur auf den Bestand des Nachlasses bezieht.

Diese Unannehmlichkeit kann dagegen für den Erben nie eintreten, wenn die Versilberung des herausgegebenen Gegenstandes durch Zwangsvollstreckung erfolgt, da hierdurch der Wert des Gegenstandes ganz objektiv, in einer für alle Gläubiger verbindlichen Weise festgestellt wird.[1]) Deshalb hat es einen guten Sinn, wenn das Gesetz, und zwar im

[1]) vgl. Jäger, Erbenhaftung S. 7; Böhm, Erbrecht S. 365; Mayer-Reis S. 262 Anm. 6; Staudinger-Herzfelder S. 144. Die Unannehmlichkeit fällt natürlich auch fort, wenn der herausgegebene Überrest in Geld oder in solchen Wertpapieren bestand, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird. Ein Risiko des Erben wird auch dann entfallen, wenn der Anspruch des ersten ausgeschlossenen Gläubigers den damals noch vorhandenen Nachlaßüberschuß, d. h. den Gesamtwert der den Überschuß bildenden Gegenstände, erheblich überstieg. —

Interesse des Erben, bestimmt, daß dieser den Nachlaß zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung herausgeben muß. „Es begrenzt damit", wie Planck-Ritgen (S. 80) treffend sagt, „die Verpflichtung des Erben", ohne ihm die Herausgabe der Nachlaßsachen an einen ausgeschlossenen Gläubiger ohne Vollstreckungstitel zu verwehren.[1])

II. Dieser letztere Fall der freiwilligen Überlassung der Nachlaßsachen an den Gläubiger interessiert aber weiter nicht. Es handelt sich hier vielmehr um die Frage: Was heißt „Herausgabe zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung", insbesondere in welcher Weise hat diese „Herausgabe" zu erfolgen?[2])

Zunächst liegt der Gedanke nahe, daß „Herausgabe" hier den gewöhnlichen Sinn einer körperlichen Übergabe an den Berechtigten habe, wie wir ihn z. B. beim Eigentumsanspruch aus § 985 BGB. oder beim Anspruch des Käufers auf Herausgabe der ihm vom Verkäufer geschuldeten Sache finden, daß also die „Herausgabe des Überschusses" lediglich eine körperliche Übertragung der den Überschuß bildenden Gegenstände direkt an den ausgeschlossenen Gläubiger sei. Aus dieser Auffassung, die in der Literatur nur von Binder vertreten wird[3]),

---

Darüber, daß der Erbe auch den Gläubiger aus seinem Privatvermögen befriedigen und für diese seine Aufwendung Nachlaßgegenstände zum Schätzungswerte übernehmen kann, vgl. unten S. 71 d. A. Bei dieser Art der Befriedigung entfällt naturgemäß ebenfalls jedes Risiko des Erben.

[1]) Daß der Erbe die noch vorhandenen Nachlaßsachen einem solchen Gläubiger aus freien Stücken herauszugeben berechtigt ist, ist zweifellos; vgl. auch Planck-Ritgen S. 80; Böhm, Erbrecht S. 365, 378; Bingner S. 599; Jäger, Erbenhaftung S. 7; Matthiaß S. 568; ferner Rechtspr. d. Oberlandesger. Bd. 11 S. 227; a. M. Hellwig, Lehrbuch S. 230 Anm. 41; Wendt S. 382; Wilke-Koffka S. 44. Diese letzteren sprechen dem Erben das Recht der freiwilligen Herausgabe des Überschusses an Gläubiger ohne Vollstreckungstitel überhaupt ab. Aber es kann doch unmöglich die Absicht des Gesetzgebers sein, die Parteien zum Prozessieren zu drängen! Und ferner denke man an den Fall, daß die fällige Forderung eines ausgeschlossenen Gläubigers auf eine Geldsumme geht und der Nachlaßüberschuß in barem Gelde besteht; soll auch hier der Erbe gezwungen sein, vollstreckungsweise Verwertung des Überschusses vom Gläubiger zu verlangen?

[2]) Die folgenden Ausführungen treffen in der Hauptsache auch für § 1990 Abs. 1 Satz 2 BGB. zu.

[3]) Binder Teil 2 S. 125; vgl. insbesondere noch hierzu S. 67 Anm. 1 (auf S. 68) dieser Arbeit.

ergeben sich jedoch erhebliche Schwierigkeiten — die übrigens Binder selbst nicht verkennt — infolge der ausdrücklichen Gesetzesbestimmung, daß die Befriedigung des ausgeschlossenen Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung in den Überschuß erfolgen soll. Diese Schwierigkeiten bestehen einmal darin, daß es für den Erben, der dem Gläubiger die Gegenstände des Überschusses in natura herausgegeben hat, an jeglicher Kontrolle dafür fehlt, daß der Gläubiger seine Befriedigung aus den ihm übergebenen Gegenständen auch auf dem vom Gesetze bestimmten Wege, nämlich im Wege der Zwangsvollstreckung, herbeiführt. Und daran, daß dies geschehe, hat der Erbe, wie bereits erwähnt, ein lebhaftes Interesse. Aber es fehlt ihm nicht nur jede Kontrolle über die Verwendung dieser Gegenstände, sondern es fehlt ihm auch erforderlichenfalls ein Zwangsmittel gegen den ausgeschlossenen Gläubiger, um die Zwangsvollstreckung in die übergebenen Überschußgegenstände zu erreichen. Und eine weitere Schwierigkeit besteht auf seiten des ausgeschlossenen Gläubigers, der nunmehr die Gegenstände des Überschusses in Händen hat und sich — auffallend genug — dazu bereit findet, seine Befriedigung aus diesen Gegenständen im Wege der Zwangsvollstreckung zu suchen, in der Verschaffung eines Vollstreckungstitels, der ihm eine solche Befriedigung überhaupt möglich macht.

Das Erkennen dieser Schwierigkeiten muß daher zu der Überzeugung führen: Die Bedeutung des Wortes „Herausgabe" ist in unserem Falle eine andere als die einer körperlichen Übertragung im Sinne Binders. Und hierin sind sich auch alle übrigen Schriftsteller einig. Nur darüber, welches nun die wahre Bedeutung dieses Ausdrucks ist, sind die Meinungen geteilt. Die Mehrzahl der Schriftsteller[1]) nimmt an, „Herausgabe" bedeute lediglich „Duldung der Zwangsvollstreckung". Der Gesetzgeber normiere in § 1973 Abs. 2 Satz 1 die Pflicht des Erben — als Schuldners der ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger — die Zwangsvollstreckung zum Zwecke der Befriedigung dieser Gläubiger zu dulden.

Eine solche Pflicht brauchte indessen nicht erst besonders statuiert zu werden, sondern besteht für jeden Schuldner auf Grund eines Vollstreckungstitels dem Zwangsvollstreckungsorgan gegenüber von selbst. Sie ist, wie Hellwig[2]) mit Recht betont, „die Kehrseite der staat-

---

[1]) vgl. unten S. 67 Anm. 1 dieser Arbeit.

[2]) Lehrbuch S. 228 Anm. 39.

lichen Vollstreckungsgewalt". Die Vollstreckung in sein Vermögen zu dulden, ist jeder Schuldner ohne weiteres verpflichtet; im Falle der Nichtduldung, der Verletzung dieser allgemeinen prozessualen Pflicht, würde er sich des Widerstandes gegen die Staatsgewalt schuldig und nach § 113 StGB. strafbar machen.[1])

Das Verhalten eines Schuldners bei der Zwangsvollstreckung ist somit ein rein passives; alle aktive Tätigkeit liegt auf seiten des Vollstreckungsbeamten. Und deshalb spricht schon der Wortlaut der Gesetzesvorschrift gegen die genannte Auslegung: Das Gesetz verlangt in § 1973 Abs. 2 Satz 1 BGB. ein „Herausgeben", also zweifellos eine aktive Tätigkeit des Erben; es genügt eben nicht das bloße, rein passive Dulden der Zwangsvollstreckung. Das Verhalten des Erben in unserem Falle muß sich vielmehr von dem gewöhnlichen Verhalten bei

[1]) Allerdings spricht die ZPO. in einigen Fällen (vgl. die §§ 738—748) von einer „Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung"; so werden z. B. der Ehemann bei dem gesetzlichen Güterstande und der nur einzelne Nachlaßgegenstände verwaltende Testamentsvollstrecker verurteilt, die Zwangsvollstreckung in das ihrer Verwaltung unterliegende Vermögen (das eingebrachte Gut der Ehefrau bezw. die betreffenden Nachlaßgegenstände) zu dulden. In diesen Fällen scheint sich also die Duldung der Zwangsvollstreckung nicht schon von selbst zu verstehen. Der Grund dafür, daß diesen Personen eine solche Verpflichtung besonders auferlegt wird, liegt darin, daß sie nicht selbst Schuldner für die Leistung sind, daß nicht in ihr Vermögen vollstreckt werden soll. Sie sind vielmehr Dritte, denen das Recht zusteht, das dem Schuldner gehörige Vermögen zu verwalten und darüber — wenn auch, wie der Ehemann, nur innerhalb gewisser Grenzen; vgl. §§ 1375 f. BGB. — zu verfügen. Die Zwangsvollstreckung, welche in das ihrer Verwaltung unterliegende Vermögen des Schuldners geführt wird, greift in die genannten Rechte der dritten Personen ein. Eine Verpflichtung, sich solche Eingriffe gefallen zu lassen, ist für sie — als nicht persönlich zur Leistung Verpflichtete — nicht schon ohne weiteres selbstverständlich. Sie wird deshalb, als Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das ihrer Verwaltung unterliegende Vermögen, durch Urteil ausgesprochen. Der persönlich haftende Schuldner selbst wird neben ihnen, an erster Stelle, verurteilt und zwar zur Leistung. Es sind also nur wenige Ausnahmefälle, in denen die Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung besonders ausgesprochen werden muß, und zwar deshalb, weil sie nicht den zur Leistung Verpflichteten selbst trifft. Ein solcher Fall liegt aber in § 1973 BGB. nicht vor; hier ist der Erbe, gegen welchen zur Befriedigung des Gläubigers die Zwangsvollstreckung geführt werden soll, selbst Schuldner für die Leistung, ist somit der Pflicht, die einen Schuldner gegenüber dem Vollstreckungsbeamten trifft, der wegen dieser Schuld exekutiert, nämlich der Pflicht zur Duldung der Zwangsvollstreckung, ohne weiteres unterworfen.

der Zwangsvollstreckung unterscheiden. Es muß zu dem gewöhnlichen Dulden der Vollstreckung noch eine aktive Tätigkeit des Erben hinzutreten, die die zwangsvollstreckungsmäßige Befriedigung des ausgeschlossenen Gläubigers verwirklichen hilft.

Die „Herausgabe" des Erben umfaßt richtiger Ansicht nach ein Doppeltes. Zunächst enthält sie die Verpflichtung, dem ausgeschlossenen Gläubiger ein Verzeichnis des Bestandes des Nachlaßüberschusses vorzulegen. Denn der Erbe hat nach den Worten des Gesetzes „den Überschuß herauszugeben", d. h. die Gesamtheit derjenigen zum früheren Nachlasse gehörenden Gegenstände bezw. deren Surrogate, durch welche er jetzt noch bereichert ist. Es findet daher die allgemeine Vorschrift des § 260 BGB. auf ihn Anwendung[1]), nach welcher jeder, der einen Inbegriff von Gegenständen herauszugeben verpflichtet ist, dem Berechtigten ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen hat.[2])

Der Erbe hat die Gegenstände, welche den Nachlaßüberschuß bilden, einzeln und nach Art, Beschaffenheit und besonderen Merkmalen kenntlich gemacht, in das Verzeichnis aufzunehmen.[3]) Daß er bei

[1]) vgl. auch Strohal S. 244.

[2]) An der Anwendbarkeit dieser allgemeinen Vorschrift, die alle Fälle umfaßt, in denen ein Inbegriff von Gegenständen einem Dritten ausgeliefert werden soll, wird dadurch nichts geändert, daß im Falle des § 1973 BGB. infolge der ausdrücklichen Bestimmung, daß die Herausgabe zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers geschieht, und daß diese Befriedigung aus dem Vermögensinbegriff im Zwangsvollstreckungswege erfolgen soll, die „Herausgabe" nicht, wie in den gewöhnlichen Fällen, in der Form einer körperlichen Übergabe, sondern in anderer Weise vollzogen wird. Die Herausgabe des Überschusses in § 1973 ist nicht eine Herausgabe zum Zwecke der Erfüllung einer (von vornherein bestehenden) entsprechenden Verbindlichkeit, sondern eine Herausgabe zu dem Zwecke, daß sich der ausgeschlossene Gläubiger für seine Forderung gegen den Erben aus dem Überschuß im Zwangsvollstreckungswege befriedige. Diese Zweckbestimmung ist maßgebend für die Art und Weise, in welcher die Herausgabe geschieht; wenn infolge ihrer die Herausgabe in einem von den allgemeinen Fällen abweichenden modus erfolgt, so berührt diese Veränderung nur die praktische Durchführung der Herausgabe, eliminiert aber nicht den Begriff der Herausgabe selbst. Die allgemeine Vorschrift des § 260 BGB. greift also auch hier ein.

[3]) Hatte der Erbe ein Inventar des Nachlasses gemäß §§ 1993 ff. BGB. errichtet, so wird ihm dieses als Grundlage des Verzeichnisses des nunmehr noch vorhandenen Nachlaßüberschusses dienen. Ihm kommt dann die Vermutung des § 2009 BGB. zu statten, derzufolge der ursprüngliche Bestand des Nachlasses feststeht.

Aufstellung des Verzeichnisses die größte Sorgfalt entwickelt, liegt in seinem eigenen Interesse; denn bei berechtigtem Zweifel an der Genauigkeit seiner Aufstellung kann er vom Gläubiger zur Leistung des Offenbarungseides nach §§ 260 Abs. 2, 261 BGB. angehalten werden.

Außerdem enthält aber die „Herausgabepflicht" des Erben die Verpflichtung, dem Gerichtsvollzieher, der bei ihm pfänden will, diejenigen Gegenstände zu bezeichnen, die mit den im Verzeichnis[1]) des Nachlaßüberschusses aufgeführten Gegenständen identisch sind. Nur bei Bestehen einer solchen „Identifizierungspflicht" des Erben ist der Gerichtsvollzieher — da ja in unserem Falle für ihn die Erleichterung des § 781 ZPO. nicht gilt[2]) — überhaupt in der Lage, seiner Aufgabe gerecht zu werden, nur gerade die Gegenstände des Überschusses und keine andern beim Erben zu pfänden.[3])

Erfüllt allerdings der Erbe diese seine Verpflichtung nicht, so hätte der Gerichtsvollzieher nach eigenem Ermessen, nur gebunden durch § 803 Abs. 1 Satz 2 ZPO., vorzugehen[4]), und der Erbe könnte dann nur gemäß § 766 ZPO. dagegen Einwendungen geltend machen. Diesen Einwendungen dürfte aber nicht eher stattgegeben werden, als bis der Erbe die wirkliche Rechtslage bezeichnet hätte und seiner versäumten Verpflichtung nachgekommen wäre.[5])

[1]) Über die event. Modifikation bei Änderung des Klageantrags seitens des ausgeschlossenen Gläubigers vgl. unten S. 85 dieser Arbeit.

[2]) vgl. unten S. 77 f. und S. 86 d. A.

[3]) Eine derartige Hilfeleistung ist nur bei der Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen und in solche Forderungen denkbar, deren Pfändung durch Inbesitznahme seitens des Gerichtsvollziehers erfolgt (vgl. §§ 831 ZPO.). Bei Zwangsvollstreckung in andere Rechte, insbesondere andere Forderungen, und in unbewegliche Sachen kann das Vollstreckungsgericht auf Grund der im Verzeichnisse des Nachlaßüberschusses erteilten Auskunft des Erben — z. B. bei Forderungen Mitteilung des Schuldners, des Gegenstandes, der Höhe der Forderung usw., bei Grundstücken Mitteilung des Grundbuchblattes usw. — ohne weitere Mithilfe des Erben der Zwangsvollstreckung durchführen.

[4]) Auch die Leistung des Offenbarungseides aus § 833 ZPO. könnte in besonderen Fällen seitens des Gläubigers verlangt werden.

[5]) Während die Kosten, welche dadurch entstehen, daß der Erbe seiner aus § 1973 entspringenden Pflicht gemäß sich verklagen läßt und dann dem Vollstreckungsorgane die ihn bereichernden Gegenstände herausgibt, als eine seinen Erbenpflichten entsprechende Aufwendung seine Bereicherung mindert, würden die

Das Ergebnis des Vorstehenden ist also: „Herausgabe des Überschusses" in § 1973 Abs. 2 enthält ein aktives Verhalten des Erben zweifacher Art, nämlich einmal die Vorlegung eines Verzeichnisses des Nachlaßüberschusses und sodann eine zu dem Dulden der Zwangsvollstreckung hinzukommende tätige Hilfeleistung bei der Zwangsvollstreckung gegenüber dem Vollstreckungsorgane, die in der speziellen Bezeichnung, der Identifizierung der Gegenstände des Überschusses, erforderlichenfalls sogar in deren Aushändigung an den Gerichtsvollzieher besteht.[1])

Kosten im letzteren Falle als solche, die infolge pflichtwidrigen Verhaltens des Erben entstanden sind, den Erben persönlich treffen und eine Verminderung seiner Bereicherung nicht herbeiführen. Überhaupt gilt generell, daß alle pflichtgemäß entstandenen Kosten den Nachlaßüberschuß, alle pflichtwidrig entstandenen den Erben persönlich treffen. Zu den ersteren gehören auch die Kosten, die der Erbe aufwendet, wenn trotz seiner pflichtgemäßen Bezeichnung der Nachlaßsachen der Gerichtsvollzieher eigene Sachen des Erben pfändet und dieser dann gemäß § 766 ZPO. Einwendungen machen muß.

[1]) Sehr ähnlich Strohal S. 246. Als ein bloßes „Dulden der Zwangsvollstreckung" fassen den Begriff der „Herausgabe" Wilke-Koffka S. 44; Weißler S. 333 („Die Herausgabe des Nachlasses geschieht dadurch, daß der Gläubiger die Nachlaßstücke pfändet"); Dernburg, Erbrecht S. 466; Staudinger-Herzfelder S. 143; Hellwig, Lehrbuch S. 230; vgl. auch Rechtspr. d. Oberlandesger. Bd. 7 S. 136. Schon im Texte ist darauf hingewiesen, daß das „Dulden" allein nicht genügt, sondern daß der Begriff der „Herausgabe" eine aktive Tätigkeit des Erben, gegen den exekutiert wird, involviert. A. M. ferner Hachenburg S. 683 f.: Die „Herausgabe" sei gleichbedeutend mit der „Preisgabe des Nachlasses", mit einer „Besitzentäußerung". Aber § 1973 ist ja gar keine Haftungsbeschränkung im technischen Sinne und schafft keine Separation des Nachlasses vom Privatvermögen des Erben; beide bleiben verschmolzen zu einem einheitlichen Vermögen. Wie sollte also der Erbe den Nachlaß als solchen preisgeben oder gar sich des Besitzes am Nachlasse entäußern können? Zudem ist auch „Preisgabe" gar kein technischer Ausdruck; es bleibt unklar, was Hachenburg damit meint. Doch nicht etwa ein abandon? Abweichend ferner Oetker S. 187, 196 und ihm folgend Rosenmeyer S. 285: „Herausgabe bedeutet die rechtsverbindliche Erklärung des Erben an den Gläubiger, die Nachlaßsachen zur Verfügung zu stellen." Zunächst ist aber eine solche Erklärung schon deshalb irrelevant, weil ja die Befriedigung des Gläubigers der Regel nach im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, und daher der Gläubiger einen Vollstreckungstitel in Händen hat; wo bliebe da noch, da sich doch der Erbe dem Zwangsvollstreckungsorgane ohnehin nicht widersetzen darf, für eine derartige Erklärung Raum? Und wenn auch ferner nicht verkannt werden soll, daß der Ausdruck „Herausgabe" im § 1973 nicht glücklich gewählt ist, so darf man doch keinesfalls dem Gesetzgeber

III. Es kann nun sehr wohl vorkommen, daß der Nachlaßüberschuß bedeutend größer ist als die zu deckende Forderung des Gläubigers.

eine so beispiellose Nachlässigkeit in der Wahl des Ausdruckes zutrauen, daß man annähme, daß er, der sonst (vgl. insbesondere § 929 BGB.) das körperliche Geben („Übergabe") einer Sache und die entsprechende rechtsverbindliche Erklärung („Einigung") streng voneinander scheidet, hier unter dem „Geben" eine rechtsverbindliche Erklärung verstanden haben will. A. A. ferner noch, wie bereits oben S. 62 erwähnt, Binder Teil 2 S. 125: „Der Erbe hat dem Gläubiger die beweglichen und unbeweglichen Nachlaßsachen in natura herauszugeben, die Nachlaßforderungen zu zedieren und aus seinem eigenen Vermögen die erforderlichen Leistungen an ihn zu bewirken. Dann mag der Gläubiger die nötigen Vollstreckungsorgane beauftragen, den Verkauf nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zu veranlassen." Auch diese Auslegung ist nicht zu billigen. Allerdings darf der Erbe den Nachlaßüberschuß einem ausgeschlossenen Gläubiger zu dessen Befriedigung freiwillig herausgeben; aber er tut dies auf seine eigene Gefahr hin und hat die möglicherweise daraus erwachsenden Nachteile (vgl. oben S. 61 d. A.) zu tragen, hat insbesondere eine daraus entstehende Haftung zu gewärtigen. Gesichert gegen jeden später kommenden ausgeschlossenen Gläubiger ist eben der Erbe nur dann, wenn er die Befriedigung ausgeschlossener Gläubiger auf dem gesetzmäßigen Wege bewirkt hat, d. h. wenn unter seiner Mitwirkung die Zwangsvollstreckung in die aus dem Nachlasse stammenden Gegenstände geführt und die ausgeschlossenen Forderungen aus dem Erlöse dieser Gegenstände getilgt sind. Der § 1973 BGB. ist im Interesse des Erben gegeben. Wie soll aber, wenn man Binders Auffassung folgt, der Erbe sich vor etwaiger Haftung schützen können? Er verliert ja jede Kontrolle über die Nachlaßgegenstände, die er dem ausgeschlossenen Gläubiger herausgegeben hat. Wie könnte er diesen Gläubiger zwingen, die in seinem, des Erben, Interesse statuierte Befriedigung im Zwangsvollstreckungswege herbeizuführen, und welcher Gläubiger, dem die Nachlaßgegenstände ausgehändigt sind, und dem damit die Möglichkeit der freihändigen Veräußerung gegeben ist, würde sich überhaupt bereit finden, zu seiner eigenen Befriedigung aus diesen Gegenständen den umständlichen und kostspieligen Weg des Zwangsvollstreckungsverfahrens einzuschlagen? Auch die hierzu nötigenfalls erforderliche nachträgliche Verschaffung eines Vollstreckungstitels würde Schwierigkeiten machen. Die Bindersche Auffassung, die die dem Erben günstige Tendenz des § 1973 Abs. 2 übersieht, kann daher gleichfalls nicht die richtige sein; die Bedeutung der „Herausgabe" muß vielmehr eine solche sein, die dieser Tendenz des Gesetzes entspricht, und dies ist bei der im Texte vertretenen Auffassung der Fall. — Im übrigen ist die Verwendung des Wortes „Herausgabe" in dem oben erläuterten Sinne nicht etwas vollständig Singuläres; sie findet sich vielmehr in ähnlicher Weise in § 809 ZPO. Wenn hier von einem „zur Herausgabe bereiten Dritten" gesprochen wird, so bedeutet dies weiter nichts, als daß der Dritte der Pfändung der in seinem Gewahrsam befindlichen Sache des Exequendus nicht widerspricht und, soweit erforderlich, dem Gerichtsvollzieher durch Bezeichnen der Sache die Pfändung bewerkstelligen hilft.

Da in diesem Falle nicht alle Gegenstände zur Befriedigung des Gläubigers herangezogen zu werden brauchen[1]), so fragt es sich, wem die Auswahl der Gegenstände, aus denen die Befriedigung erfolgen soll, zuzusprechen ist. Die Ansichten darüber sind sehr geteilt: Planck-Ritgen (S. 80), Binder (Teil 2 S. 126) und Böhm (Erbrecht S. 378) geben das Recht zur Auswahl dem Erben; Weißler (S. 344) gibt es dem Gerichtsvollzieher, Strohal (S. 246) dem Gläubiger.

Aus den früheren Ausführungen folgt ohne weiteres, daß der Erbe der zur Auswahl Berechtigte ist. Die Verpflichtung des Erben zur „Herausgabe" enthält zugleich seine Befugnis zur Angabe der Gegenstände, welche überhaupt zugunsten des ausgeschlossenen Gläubigers gepfändet werden dürfen. Wenn aber dem Erben generell die Befugnis zusteht, diejenigen Gegenstände zu bezeichnen, in welche die Zwangsvollstreckung erfolgen darf, so muß er auch die Befugnis haben, in diesem speziellen Falle, wo nicht sämtliche pfändbaren Gegenstände gepfändet zu werden brauchen, die Gegenstände zu bezeichnen, in welche die Zwangsvollstreckung erfolgen soll. Sein Recht zur Auswahl der in diesem Falle zu pfändenden Gegenstände des Nachlaßüberschusses ist ein Ausfluß seiner in § 1973 Abs. 2 statuierten Verpflichtung zur „Herausgabe des Überschusses".

Wenn Weißler dem Gerichtsvollzieher diese Befugnis zuspricht, so hängt dies eben damit zusammen, daß nach seiner Auffassung sich die Herausgabe des Überschusses in dem Dulden der Zwangsvollstreckung seitens des Erben in diesen Überschuß erschöpft; aktiv beteiligt kann daher hierbei immer nur der Gerichtsvollzieher sein, und dieser hat allerdings beim Zwangsvollstreckungsverfahren gemäß § 803 Abs. 1 Satz 1 ZPO. eine Funktion, die mit dem hier in Frage stehenden Rechte zur Auswahl eine gewisse Ähnlichkeit besitzt. Aber abgesehen davon, daß die Weißlersche Auffassung des Begriffes der „Heraus-

[1]) Ist die Forderung des Gläubigers eine Geldforderung, und besteht der Nachlaßüberschuß in Geld, bezw. ist ein die Forderung des Gläubigers deckender Geldbetrag im Nachlaßüberschusse vorhanden, so kann der Erbe ohne jedes Risiko (vgl. oben S. 61 Anm. 1 d. A.) den Gläubiger mit diesem Gelde befriedigen, so daß dann das hier erörterte Recht zur Auswahl nicht praktisch wird. Das gleiche gilt, wenn der Erbe aus eigenen Mitteln den Gläubiger befriedigt; in Höhe dieser erfolgten Befriedigung, die sich als Aufwendung des Erben darstellt, mindert sich der Nachlaßüberschuß.

gabe" nach den obigen Ausführungen nicht als die richtige anerkannt werden kann, spricht gegen ihn noch die Schwierigkeit, die sich ergibt, wenn der Gerichtsvollzieher dieses sein Recht zur Auswahl ausüben will. Die Auswahl soll stattfinden unter den den Nachlaßüberschuß darstellenden Gegenständen; wie soll aber der Gerichtsvollzieher — wenigstens der Regel nach — überhaupt wissen, welche der beim Erben vorgefundenen Gegenstände die Gegenstände des Nachlaßüberschusses sind?

Andererseits kann auch dem Gläubiger das Recht zur Auswahl nicht zugesprochen werden. Ihm steht ja im Zwangsvollstreckungsverfahren ein Recht zu tätiger Mitwirkung nicht zu. Eine solche Mitwirkung, insbesondere eine private Befugnis der in Frage stehenden Art, würde auch dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Zwangsvollstreckungsverfahrens widersprechen. Für ihn kommt es ja nur darauf an, daß er im Vollstreckungswege seine Befriedigung erlangt; wodurch, durch Pfändung welcher Gegenstände dies geschieht, ist für ihn völlig gleichgültig. Sollte also im Falle des § 1973 BGB. der Gläubiger, entgegen der Regel, ein Recht zur Mitwirkung bei der Zwangsvollstreckung, nämlich das Recht zur Auswahl unter den zu pfändenden Gegenständen des Nachlaßüberschusses haben, so hätte es einer positiven Gesetzesvorschrift bedurft, die ihm diese Befugnis zuerteilt. Eine solche existiert aber nicht. Es kommt vor allem noch hinzu, daß der Erbe gegebenenfalls das Recht des Gläubigers zur Auswahl ganz illusorisch machen könnte, indem er von seiner ihm durch das Gesetz (§ 1973 Abs. 2 Satz 2) gegebenen Befugnis Gebrauch machte, den betreffenden, vom Gläubiger zur Pfändung bestimmten Gegenstand durch Zahlung des entsprechenden Wertes der Zwangsvollstreckung zu entziehen.

Es kann sonach nur dem Erben die Befugnis zur Auswahl der Gegenstände, aus welchen die Befriedigung des ausgeschlossenen Gläubigers erfolgen soll, zugesprochen werden.[1])

IV. Weiterhin erhebt sich die gleichfalls sehr bestrittene Frage, ob der Erbe unter Umständen wegen seiner Aufwendungen ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber den ausgeschlossenen Gläubigern hat.

---

[1]) Daß ein bei der öffentlichen Versteigerung erzielter, die Forderung des betreffenden ausgeschlossenen Gläubigers übersteigender Mehrerlös an den Erben abzuführen ist und zum Nachlaßüberschusse gehört, ist selbstverständlich.

Es handelt sich um folgendes: Wenn der Erbe aus seinem eigenen Vermögen Aufwendungen gemacht, insbesondere Nachlaßschulden bezahlt hat, deren Betrag er dem ausgeschlossenen Gläubiger in Anrechnung bringen kann, so sind ihm verschiedene Möglichkeiten gegeben, hierfür Ersatz zu erlangen. Hat er nach § 818 Abs. 2 BGB. für nicht mehr vorhandene Nachlaßgegenstände deren Wert zu ersetzen, so kann er natürlich von diesem Werte den Betrag seiner Forderungen abziehen[1]), denn insoweit ist er nicht bereichert. Dies gilt auch für den Fall, daß er von seinem Rechte, die Herausgabe der Nachlaßgegenstände durch Zahlung ihres Wertes abzuwenden, Gebrauch macht.[2]) Strohal (S. 247) führt aus, es sei auch statthaft, daß der Erbe seinen Anspruch auf Ersatz in der Weise zur Geltung bringt, daß er einen entsprechenden Teil der Nachlaßgegenstände zum Schätzwerte übernimmt und den ausgeschlossenen Gläubiger auf die dann noch übrigbleibenden Nachlaßgegenstände verweist; dem ist beizustimmen. Eine weitere Möglichkeit ist die, daß der Gläubiger ihm freiwillig, ehe er die Pfändung der Sachen herbeiführt, die Aufwendungen ersetzt.[3])

Trifft alles dies aber nicht zu, so bleibt nichts übrig, als daß der Erbe die Nachlaßgegenstände dem Gläubiger „herausgibt", jedoch mit der Maßgabe, daß er für seinen Anspruch die Befriedigung aus dem Erlöse vor dem Gläubiger verlangen kann.[4]) Dieses Verlangen setzt er im Wege der Einwendung aus § 766 ZPO. durch, nicht mittelst Klage gemäß § 785 ZPO. aus § 767 ZPO.[5]) Dagegen ist dem Erben nicht das Recht zuzusprechen, bis zum Ersatze der Aufwendungen ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem ausgeschlossenen Gläubiger geltend zu machen, wie dies Planck-Ritgen (S. 79), Binder (Teil 2 S. 137), Böhm (Erbrecht S. 377), Weißler (S. 338) — die beiden letzteren ohne Begründung — tun.

---

[1]) vgl. Protokolle S. 773.

[2]) vgl. Protokolle S. 773, 774.

[3]) Diesen Weg wird der Gläubiger in seinem eigenen Interesse z. B. dann einschlagen, wenn sein Anspruch auf Leistung eines bestimmten im Nachlaßüberschusse noch vorhandenen Gegenstandes geht, und wenn die Aufwendungen des Erben den übrigen Teil des Nachlaßüberschusses an Wert übersteigen.

[4]) vgl. Strohal S. 247; anscheinend auch Hachenburg S. 695; ferner Staudinger-Herzfelder S. 146, der in seiner früheren Auflage (1903 S. 134) dem Erben das Retentionsrecht gewährt hatte.

[5]) vgl. unten S. 87 dieser Arbeit; a. A. die herrschende Meinung.

Gegen dieses Zurückbehaltungsrecht sprechen nämlich folgende Gründe:

1. Die Mehrheit der zweiten Kommission hat ausgesprochen: „Die Sache gestaltet sich so, daß der Erbe, wenn er Aufwendungen gemacht, insbesondere erbschaftliche Schulden bezahlt habe, den Betrag derselben aus dem Erlöse der von ihm herausgegebenen Sachen im voraus ersetzt erhalte; nur der Überschuß gebühre dem Gläubiger" (Protokolle S. 773). Bei der gesetzlichen Regelung ist also ein dem Erben zu gewährendes Zurückbehaltungsrecht abgelehnt worden.

2. Die „Herausgabe" des Nachlaßüberschusses ist, wie oben ausgeführt, zu verstehen in dem Sinne einer — neben der Duldung der Zwangsvollstreckung hergehenden — Hilfeleistung des Erben. Gegenüber der Zwangsvollstreckung aber, zu deren Duldung ein Schuldner verpflichtet ist, kann von einem Zurückbehaltungsrechte dieses Schuldners nicht die Rede sein.[1])

3. Hierzu kommt noch die Erwägung, daß es eines Zurückbehaltungsrechtes in unserm Falle gar nicht bedarf, da der durch das Zurückbehaltungsrecht angestrebte Erfolg vollkommen sicher in der oben vertretenen Weise erreicht wird. Denn was wollte der Erbe mehr verlangen können, als daß er für seine Aufwendungen aus dem Erlöse in erster Linie und vor dem Gläubiger befriedigt wird![2])

V. Sind zu der Zeit, wo der ausgeschlossene Gläubiger Befriedigung verlangt, noch unbefriedigte, nicht ausgeschlossene Gläubiger vorhanden, so darf die Zwangsvollstreckung in den Nachlaßüberschuß nur in der Weise geführt werden, daß die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger nicht beeinträchtigt wird. Denn der ausgeschlossene Gläubiger soll ja nur Befriedigung aus demjenigen erhalten, was nach Abzug der zur Deckung der angemeldeten Forderungen erforderlichen Beträge noch übrig bleibt. Will also der Gläubiger in sämtliche Nachlaßgegenstände die Zwangsvollstreckung führen, so kann er dies entweder dadurch bewirken, daß er den Erben von diesen Verbindlichkeiten befreit, oder dadurch, daß er, falls es sich um betagte und bedingte Ansprüche handelt, ihm Sicherheit leistet.[3]) Will der aus-

[1]) So Strohal S. 248 Anm. 40.

[2]) Ähnlich Hagen S. 162.

[3]) vgl. Planck-Ritgen S. 79; Strohal S. 288; Böhm, Erbrecht S. 377. Nach Binders Ansicht (Teil 2 S. 127 Anm. 82) kann der Erbe den ausgeschlossenen

geschlossene Gläubiger diese Wege nicht einschlagen, so kann er in die noch vorhandenen Nachlaßsachen die Zwangsvollstreckung nur mit der Maßgabe führen, daß aus dem erzielten Erlöse vorweg die auf die Ansprüche der ihm vorgehenden Gläubiger fallenden Beträge an den Erben, der ja den Gläubigern dafür haftet, ausbezahlt werden.[1] [2])

VI. Mit Rücksicht darauf, daß die „Ausscheidung der Nachlaßgegenstände aus dem Vermögen unter Umständen mit Nachteilen für den Erben verknüpft ist" (Denkschrift S. 256), ist dem Erben nach § 1973 Abs. 2 Satz 2 BGB. gestattet, die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände, d. h. die unter seiner aktiven Mitwirkung erfolgende Führung der Zwangsvollstreckung seitens des Befriedigung heischenden Gläubigers in die noch vorhandenen Nachlaßgegenstände, durch Zahlung ihres Wertes abzuwenden. Diese „Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände" in § 1973 Abs. 2 Satz 2 ist keineswegs immer identisch mit der „Herausgabe des Überschusses" in § 1973 Abs. 2 Satz 1. Erstere ist begrifflich das Minus, letztere das Plus. Denn der Überschuß kann und wird häufig außer den ursprünglich zum Nachlaß gehörenden Gegenständen noch andere Werte, insbesondere Surrogate von Nachlaßgegegenständen enthalten.

Die dem Erben gewährte facultas alternativa hat in verschiedenen Fällen praktitische Bedeutung; zunächst dann, wenn der Erbe an den herauszugebenden Sachen ein Affektionsinteresse hat, ferner dann, wenn die Sachen einen geringen gemeinen Verkaufswert haben, und schließlich vor allem dann, wenn die Forderung des ausgeschlossenen Gläubigers den Wert des Nachlaßüberschusses (genauer: der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände) übersteigt.[3]) Denn ist die Forderung ebenso groß oder niedriger als dieser Wert, so kann ja der Erbe ohnehin den Gläubiger befriedigen und hierdurch den vorhandenen Überschuß um die gezahlte Summe vermindern. Für die Höhe des Wertes[4]) ist

Gläubigern den Zugriff überhaupt verwehren und ist nicht einmal gegen Sicherheitsleistung zur Herausgabe verpflichtet.

[1]) vgl. Strohal S. 288f.; Weißler S. 343; Hachenburg S. 694.

[2]) Bei Zwangsvollstreckung ohne diese Einschränkung steht dem Erben § 766 ZPO. zur Seite.

[3]) vgl. Strohal S. 242 Anm. 21b; Planck-Ritgen S. 80.

[4]) Hat der Erbe aus seinem Vermögen Aufwendungen gemacht, die er dem Gläubiger in Rechnung zu stellen berechtigt ist, so kann er den Betrag dieser Aufwendungen von dem Gesamtwerte der Nachlaßsachen abziehen; vgl. oben S. 71 d. A.

maßgebend der Zeitpunkt, in welchem der Erbe von seinem Abfindungsrechte Gebrauch macht.[1]) Die Festsetzung des Wertes der Nachlaßgegenstände, für dessen Höhe der Erbe beweispflichtig ist[2]), kann, wenn die Höhe bestritten wird, durch den Richter erfolgen. Hierbei soll dieser die im Inventar enthaltenen Angaben nach den Regeln der freien Beweiswürdigung berücksichtigen. Dagegen ist der Antrag, daß für die Berechnung des Wertes, durch dessen Bezahlung der Erbe die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßsachen abwenden kann, die im Inventar enthaltenen Angaben maßgebend sein sollten, von der Mehrheit der zweiten Kommission abgelehnt worden (Protokolle S. 783) mit der Begründung, ein solcher Antrag erscheine „wegen des Zweckes des Inventars innerlich nicht gerechtfertigt und gegenüber den ausgeschlossenen Gläubigern zu hart".

§ 4.

Prozessuale Gestaltung.

I. Gegenstand der Klage des ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers ist prinzipiell[3]) die Leistung, die der Gläubiger vom Erblasser zu fordern hatte. Die Begründung seiner Klage muß daher zunächst die Behauptung des Bestehens dieser Forderung enthalten, ferner die Behauptung, daß der Beklagte Erbe des Schuldners sei und daher für die Nachlaßverbindlichkeiten hafte, und schließlich, daß der Erbe die Erbschaft angenommen habe.[4]) Ein weiteres Erfordernis der Klage ergibt sich aus § 1973 Abs. 2 BGB. Da nämlich die Befriedigung des ausgeschlossenen Gläubigers aus dem Nachlaßüberschusse auf dem Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen soll, d. h. regelmäßig in der Weise, daß dem Gläubiger der aus dem Nachlaßüberschusse — soweit dieser

---

[1]) vgl. Strohal S. 242 Anm. 21a. — A. M. Staudinger-Herzfelder S. 146, der die Höhe dieses Wertes nach dem Werte zur Zeit der Rechtshängigkeit des ausgeschlossenen Anspruchs bestimmt.

[2]) vgl. oben S. 48 Anm. 1 sowie unten S. 83 Anm. 1 d. A.

[3]) Ausnahme vgl. unten S. 85 Anm. 7 d. A.

[4]) Dies letztere wegen der Bestimmung des § 1958 BGB. Daß es nicht überflüssig ist, zeigt sich insbesondere, wenn ein Nachlaßpfleger das Aufgebot beantragt hatte. Denn erst mit der Annahme der Erbschaft erlangt der Erbe die Passivlegitimation; vgl. Hellwig, Anspruch S. 225 Anm. 17.

zur Deckung herangezogen war — gewonnene Versteigerungserlös in gewisser, dem Werte der Forderung entsprechender Höhe zufließt, so ist es erforderlich, daß in der Klage des ausgeschlossenen Gläubigers der Wert seiner Forderung angegeben wird. Geht die Forderung des ausgeschlossenen Gläubigers auf einen Geldbetrag, so ist diesem Erfordernis ohnehin Genüge getan. Trifft dies aber nicht zu, so muß eine Umwertung der geforderten Leistung eintreten; der Gläubiger muß dann, um spätere Weiterungen zu vermeiden, seine Forderung — zum mindesten eventuell — nach ihrem Schätzungswerte geltend machen. Dies hat sogar dann zu gelten, wenn sich ausnahmsweise die Zwangsvollstreckung des ausgeschlossenen Gläubigers auf den ursprünglichen Leistungsgegenstand richtet. Eine solche Möglichkeit besteht in den Fällen, wo sich dieser Leistungsgegenstand im Nachlaßüberschusse vorfindet bezw. aus dem Nachlaßüberschusse selbst beschafft werden kann.[1]) Hier ist zunächst an den Fall zu denken, daß der Erblasser eine bestimmte bewegliche Sache an den ausgeschlossenen Gläubiger herauszugeben hatte, und daß diese Sache noch jetzt im Nachlaßüberschusse vorhanden ist; ferner an den Fall, daß der Erblasser eine Quantität bestimmter beweglicher Sachen schuldete, und daß der Nachlaßüberschuß eine genügende Menge dieser Sachen enthält; schließlich an den Fall, daß die Sache, die dem ausgeschlossenen Gläubiger herauszugeben ist, sich zwar im Gewahrsam eines Dritten befindet, daß aber der Anspruch auf Herausgabe dieser Sache gegen den Dritten zum Nachlaßüberschusse gehört.[2])

Also auch in diesen Fällen ist die Forderung des ausgeschlossenen Gläubigers eventuell nach ihrem Schätzungswerte geltend zu machen. Denn da der Erbe dem Gläubiger nur soweit haftet, als er aus dem Nachlasse noch bereichert ist, so ist, auch wenn der Nachlaßrest zur Zeit außer dem dem ausgeschlossenen Gläubiger zu leistenden Gegenstande noch andere Werte enthält, trotzdem die Möglichkeit gegeben, daß der Leistungsanspruch des Gläubigers in der prinzipiell geforderten Weise nicht erfüllt werden kann. Die Summe der im Nachlaßrest außer dem zu leistenden Gegenstande enthaltenen Werte kann ja

[1]) vgl. Strohal S. 249; Staudinger-Herzfelder S. 146; Protokolle S. 774.

[2]) In allen diesen Fällen kommen für die Zwangsvollstreckung nicht die Vorschriften der §§ 803 ff. ZPO., sondern der §§ 883 ZPO. zur Anwendung.

hinter der Gesamtsumme der für nicht ausgeschlossene Forderungen zurückzubehaltenden Beträge und der Beträge für Aufwendungen des Erben zurückstehen derart, daß die sich hierbei ergebende Differenz aus dem zu leistenden Gegenstande zu decken bleibt. Dann ist eben die eventuelle Geltendmachung der Forderung nach ihrem Schätzungswerte nötig, um die Befriedigung des ausgeschlossenen Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung in den betreffenden Gegenstand — und zwar als Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung — zu ermöglichen.

II. Während die Erfordernisse der Klage des ausgeschlossenen Gläubigers keine besonderen Schwierigkeiten machen, und daher auch die Schriftsteller, die sich mit der Frage überhaupt befassen, erhebliche Meinungsverschiedenheiten nicht erkennen lassen[1]), herrscht über die Wirkung der Einrede des § 1973 im Prozeß, insbesondere über die Formulierung des Urteilstenors sowie über den dem Erben zustehenden Rechtsbehelf im Falle einer über seine Haftung hinausgehenden Zwangsvollstreckung des ausgeschlossenen Gläubigers, in der Literatur große Uneinigkeit.

Der hauptsächlichste Grund hierzu liegt m. E. in der verschiedenen Stellungnahme zu der Frage nach der Natur der dem Erben in § 1973 BGB. gewährten Haftungseinschränkung. Diejenigen Schriftsteller, die diese Haftungseinschränkung als eine Haftungsbeschränkung des Erben im technischen Sinne auffassen, wenden die für letztere gegebenen prozessualen Bestimmungen auch auf § 1973 an.[2]) Die darnach vor allem in Betracht kommende Gesetzesbestimmung ist die des

[1]) Nur Binder (Teil 2 S. 118, 119) meint, daß schon durch das Ausschlußurteil eine Umwandelung des ausgeschlossenen Anspruchs eintrete derart, daß der Gläubiger überhaupt nicht mehr auf die ursprüngliche Leistung, sondern nur auf „Herausgabe des Überschusses" klagen könne. Ähnlich Frommhold S. 59. — Gegen Binder vgl. Hagen S. 130; Staudinger-Herzfelder S. 144; Strohal S. 243. Auch ich kann mich Binder nicht anschließen, wenn ich auch unter gewissen Umständen, aber nur ganz ausnahmsweise, die Zulässigkeit einer Klage auf „Herausgabe des Überschusses" anerkenne; vgl. unten S. 85 Anm. 7. Ich fasse aber dabei die „Herausgabe" in anderm Sinne als Binder, der, wie schon erwähnt, mit ihr den Begriff einer körperlichen Übertragung verbindet; vgl. oben S. 62 d. A.

[2]) Eine Ausnahme bildet nur Dernburg, der trotzdem die Bestimmungen der §§ 780 ff. ZPO. in unserem Falle (übrigens auch für § 1990 BGB.) für unanwendbar erklärt; vgl. Erbrecht S. 476, 482.

§ 780 ZPO., nach welcher die Beschränkung der Haftung des Erben — in der Zwangsvollstreckung gemäß § 781 ZPO. vorgebracht — nur dann berücksichtigt wird, wenn sie dem als Erben des Schuldners verurteilten Beklagten im Urteile vorbehalten ist. Die Mehrzahl der Schriftsteller läßt daher im Prozesse nach Geltendmachung der Einrede des § 1973 durch den Erben eine Verurteilung des Erben zur Leistung unter Vorbehalt seiner beschränkten Haftung ergehen.[1]) Die Zwangsvollstreckung aus diesem Urteil findet dann in das Gesamterbenvermögen statt (entsprechend § 781 ZPO.), und es bleibt dem Erben überlassen, die Beschränkung seiner Haftung gemäß § 1973 im Wege der Zwangsvollstreckungsgegenklage aus §§ 781, 785, 767 ff. ZPO. einzuwenden.[2]) [3])

Diese in der Literatur vorherrschende Ansicht muß als unrichtig bezeichnet werden. Sie beruht im Grunde auf der Verkennung des Wesens der dem Erben in § 1973 gegebenen Haftungseinschränkung. Diese Haftungseinschränkung ist — wie ich oben darzulegen versucht habe — begrifflich weit verschieden von den Fällen der Haftungsbeschränkung im technischen Sinne, bei denen eine Separation von Nachlaß und Erbenvermögen eintritt; § 1973 ist kein Fall der technischen Haftungsbeschränkung. Daraus folgt aber, daß die für die Haftungsbeschränkung des Erben im technischen Sinne gegebenen besonderen prozessualen Bestimmungen auf § 1973 nicht zutreffen, daß vielmehr die allgemeinen Grundsätze maßgebend sind. Das Anwendungsgebiet des § 780 ZPO. kann den § 1973 BGB. nicht mit umfassen; eine Verurteilung des Erben unter Vorbehalt seiner beschränkten Haftung ist im Falle des § 1973 unmöglich. Daraus folgt aber weiter, daß die gemäß § 1973 eingeschränkte Haftung

[1]) Streitig ist unter diese Schriftstellern wiederum die Form des Vorbehalts, der Inhalt, den dieser Vorbehalt haben soll, ob es genügt, wenn er allgemein lautet, oder ob er sich in seiner Fassung näher an § 1973 anlehnen muß.

[2]) vgl. z. B. Staudinger-Herzfelder S. 124, 141; Gaupp-Stein B. 1 S. 488; Weißler S. 342; Hagen S. 135; Böhm, Erbenhaftung S. 461 f. (mit Beispiel einer Urteilsformel); Wilmowski-Levy S. 1007; Neumann S. 442; Jäger, Erbenhaftung S. 21; s. auch Fuchs S. 463.

[3]) Diese Klage aus §§ 785, 767 ZPO. gibt allerdings auch Strohal (S. 246), obwohl er den Unterschied zwischen den Fällen der technischen Haftungsbeschränkung und dem § 1973 scharf hervorhebt und eine Verurteilung unter Vorbehalt verwirft.

gegenüber der uneingeschränkten Zwangsvollstreckung des ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger nicht im Wege der Vollstreckungsgegenklage aus §§ 785, 781, 767 ZPO. eingewendet werden kann.

Das Kammergericht hat in mehreren Entscheidungen[1]) gegen die herrschende Ansicht Stellung genommen, wenigstens soweit diese sich auf den Vorbehalt im Urteile bezieht. Es hat ausgesprochen, daß der durch § 780 ZPO. vorgeschriebene Urteilsvorbehalt zur Wahrung des in § 1973 BGB. dem Erben gewährten Rechtes nicht erforderlich ist, und hat den Hinweis auf §§ 780, 781 ZPO. mit der Begründung abgelehnt, daß die dort behandelte „Beschränkung der Haftung" des Erben wesentlich verschieden ist von der Befugnis des § 1973 BGB.

Insoweit ist dem Kammergericht beizustimmen; nicht aber, wenn es weiter folgert, daß die Notwendigkeit, die Einschränkung der Verurteilung des Erben auf Grund des § 1973 in der Urteilsformel auszudrücken, überhaupt nicht erhelle, daß es vielmehr genüge, wenn die Einschränkung der Haftung des § 1973 in den Gründen ersichtlich sei. Das Kammergericht meint, der Erbe sei überhaupt nicht genötigt, die Einrede des § 1973 bereits im Prozesse vorzubringen. Der § 1973 Abs. 2 Satz 1 weise darauf hin, daß er erst in der Zwangsvollstreckung mit ihr hervorzutreten brauche. In dieser Beziehung stehe er einem gewöhnlichen Erben gleich, der die Beschränkung seiner Haftung sowohl im Prozesse als auch gemäß §§ 767, 768, 770 ZPO. in der Zwangsvollstreckung geltend machen könne.

Diesen letzteren Ausführungen kann nicht beigetreten werden.[2]) Für die Einrede des § 1973 gilt, wie für alle materiell-rechtlichen Einreden, die Vorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO.: die Einrede kann nur dann noch nach Erlaß des Urteils, insbesondere in der Zwangsvollstreckungsinstanz, vom Schuldner geltend gemacht werden — und zwar im Wege der Vollstreckungsgegenklage —, wenn die Gründe, auf denen sie beruht, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen der Zivilprozeßordnung spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden

---

[1]) vgl. Rechtspr. d. Oberlandesger. Bd. 7 S. 135; Bd. 9 S. 385.

[2]) vgl. zum folgenden Strohal S. 245.

können. Also einzig und allein in dem Falle, wenn das Ausschlußurteil, das gegen den betreffenden Nachlaßgläubiger ergeht, nach dem bezeichneten Zeitpunkte erlassen ist[1]), kann der Erbe die ihm nachträglich durch das Ausschlußurteil erwachsene Einrede des § 1973 BGB. als Einwendung, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch des Gläubigers selbst betrifft, im Wege der Klage aus § 767 Abs. 1 ZPO. geltend machen.[2])

In allen andern Fällen, mag das Ausschlußurteil schon zur Zeit der Klagerhebung, mag es erst im Laufe des Prozesses vor der letzten mündlichen Verhandlung ergangen sein, stets muß der Erbe die Einrede des § 1973 BGB. bei Vermeidung ihres Verlustes im Prozesse vorbringen. Eine Gleichstellung bezüglich der prozessualen Behandlung der Haftungseinschränkung nach § 1973 BGB. mit den Fällen der technischen Haftungsbeschränkung gemäß §§ 1973, 1990 BGB. ist bei ihrer grundverschiedenen materiell-rechtlichen Natur ganz unzulässig; eine Ausdehnung der nur für letztere gegebenen Bestimmungen der §§ 780f., 785 ZPO. auf den Fall des § 1973 BGB. kann keinesfalls zugegeben werden. Der Schluß, der sich aus der besonderen Gesetzesbestimmung des § 781 ZPO. ergibt, daß nämlich der im technischen Sinne beschränkt haftende Erbe nicht nötig hat, und daß es für ihn zwecklos ist, seine Beschränkung der Haftung bereits im Prozesse geltend zu machen, daß es vielmehr genügt, wenn er für Einfügung des Vorbehalts in das Urteil sorgt, — dieser Schluß also ist nicht auf einen Fall der Haftung ohne Vermögensabsonderung auszudehnen. Vielmehr muß der Erbe, falls er die Einrede des § 1973 bereits im Prozesse hat, mit dieser Einrede auch im Prozesse hervortreten.

Hat er sie aber geltend gemacht, so muß die Einschränkung seiner Haftung gemäß § 1973 aus dem Urteile ersichtlich sein, und zwar aus dem Urteilstenor. Die Notwendigkeit dieser Kenntlichmachung erhellt allerdings nicht, wie das Kammergericht ausführt[3]), durch den

---

[1]) Das kann z. B. dann geschehen, wenn der Nachlaßgläubiger, dessen Anspruch rechtshängig ist, oder der sogar bereits ein Urteil erlangt hat, irrtümlich glaubt, trotz der an ihn erfolgten Zustellung des Aufgebots (§ 994 Abs. 2 ZPO.) oder gerade wegen dieser, nunmehr vom Aufgebotsverfahren nicht mehr betroffen zu werden, und die Anmeldung seiner Forderung unterläßt; vgl. hierzu oben S. 20 d. A.

[2]) vgl. auch unten S. 82 Anm. 2 d. A.

[3]) Rechtspr. d. Oberlandesger. Bd. 7 S. 134.

Hinweis auf §§ 780, 781 ZPO., weil eben dort nur die technische Beschränkung der Haftung vorbehalten wird und diese Bestimmungen nicht auf § 1973 BGB. auszudehnen sind. Hieraus rechtfertigt sich aber m. E. keineswegs der Schluß des Kammergerichts, daß nun die Notwendigkeit, die Einschränkung der Haftung in der Urteilsformel auszudrücken, überhaupt entfalle, und daß es genüge, wenn die Einschränkung der Haftung in den Gründen ersichtlich sei. Vielmehr folgt die Notwendigkeit aus einem andern Grunde. Die Zwangsvollstreckung soll nach § 1973 BGB. nur in die noch vorhandenen Nachlaßgegenstände erfolgen, darf also, da § 780 ZPO. nicht Platz greift, der Regel nach nicht zunächst auch in das Privatvermögen des Erben geführt werden.[1]) Für den Vollstreckungsbeamten ist aber bezüglich der Art und Weise, in welcher er vollstreckt, lediglich der Tenor des Urteils maßgebend; die Gründe gehen ihn nichts an. Soll also die Einschränkung des § 1973 bei der Zwangsvollstreckung berücksichtigt werden, so muß eine entsprechende Einschränkung aus dem Urteilstenor ersichtlich sein. Über die Form, durch welche diese Einschränkung kenntlich zu machen ist, kann man streiten; und tatsächlich sind darüber auch verschiedene Ansichten in der Literatur vertreten. Darüber aber, daß irgend eine Form der Kenntlichmachung überhaupt erforderlich ist, kann m. E. kein Zweifel sein.

So wollen denn auch andere Schriftsteller, insbesondere Strohal und Dernburg, unter Verwerfung des Urteilsvorbehalts[2]) in verschiedener Weise die Haftungseinschränkung in der Urteilsformel zum Ausdruck bringen. Strohal (S. 245) meint, es solle dem Gläubiger die Forderung „nur als eine ausgeschlossene mit der aus § 1973 sich ergebenden Beschränkung" zugesprochen werden. Ich vermag nicht deutlich zu erkennen, wie Strohal den Tenor nun eigentlich fassen will; jedenfalls scheint mir aber eine Einschränkung des Tenors durch das Wort „ausgeschlossener Gläubiger" bezw. „ausgeschlossene Forderung" oder durch den bloßen Hinweis auf § 1973 nicht zu genügen. Denn dann würde sich ja aus der Urteilsformel selbst die Unzulässigkeit anderer als der in den Überschuß geführten Pfändungen noch nicht er-

[1]) Ausnahmen können in Fällen von Surrogationen usw. vorkommen; vgl. unten S. 87 d. A.

[2]) Auch Mayer-Reis (S. 246) spricht sich, allerdings ohne nähere Begründung, gegen den Urteilsvorbehalt aus; er folgt offenbar Strohal.

geben, es wäre nicht ersichtlich, welche Gegenstände der Pfändung durch den Gläubiger unterliegen; es müßte sich der Gerichtsvollzieher erst darüber informieren — nötigenfalls an der Hand des Bürgerlichen Gesetzbuches —, wie die Haftung des Erben gegenüber „ausgeschlossenen Gläubigern" beschaffen ist, welche Verpflichtungen den Erben bei der „aus § 1973 sich ergebenden Einschränkung" dem ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber treffen.[1])

Aber auch mit der von Dernburg (S. 466) vorgeschlagenen Urteilstenorierung kann ich mich nicht befreunden. Dernburg lehrt, der Gläubiger, der zunächst auf Verurteilung des Erben schlechthin klage, werde durch Geltendmachung der Einrede des § 1973 seitens des Erben genötigt, nunmehr „Verurteilung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaßrest" zu fordern. Eine solche Fassung des Urteils hat zwar den Vorzug der Kürze und erscheint deshalb brauchbar; sie trifft aber nicht genau zu, weil das Gesetz in § 1973 Abs. 2 Satz 1 bestimmt, daß beim Durchgreifen der Einrede die Befriedigung des ausgeschlossenen Gläubigers überhaupt nur im Zwangsvollstreckungswege aus dem Erlöse des Überschusses zu erfolgen hat, und daß den Erben bei diesem Befriedigungsverfahren eine besondere Verpflichtung, nämlich die des „Herausgebens", trifft. Diese beiden Punkte sind aus Dernburgs Urteilsformel nicht ersichtlich[2]); und doch sind gerade sie wesentlich und bilden die Besonderheit und das Charakteristische der Haftungseinschränkung gemäß § 1973 BGB.

Ich kann mich daher mit keiner der vorstehend aufgeführten Ansichten einverstanden erklären. M. E. ist für den Fall, daß die Einrede des § 1973 BGB. überhaupt gegeben ist, die prozessuale Gestaltung eine andere; der Urteilstenor ist anders zu fassen, der Rechtsbehelf, der dem Erben gegen eine unzulässig ausgedehnte Zwangsvollstreckung des

---

[1]) Auffallend ist es, daß Strohal, obwohl er ein Urteil unter Vorbehalt verwirft und die Besonderheit der Haftungseinschränkung des § 1973 betont, trotzdem die §§ 780 f. 785 ZPO. für anwendbar erklärt und den Erben gegenüber einer unzulässig ausgedehnten Zwangsvollstreckung des ausgeschlossenen Gläubigers mit der Vollstreckungsgegenklage aus § 767 ZPO. schützt; vgl. auch oben S. 77 Anm. 3 d. A.

[2]) Bezüglich des zweiten Punktes ist dies nicht auffallend, weil nach Dernburg die „Herausgabeverpflichtung" des Erben nichts weiter als die „Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaßrest" ist.

ausgeschlossenen Gläubigers zusteht, ist nicht der, den die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller dem Erben zuspricht.

Zunächst geht aus § 1973 Abs. 1 Satz 1 hervor, daß die Einrede überhaupt nur dann Platz greift, wenn der Wert der ausgeschlossenen Forderung größer ist, als der Wert des Überschusses bezw. mindestens gleich diesem Werte. Ist der Wert der Forderung geringer, so hat der Erbe die Einrede gar nicht; dann kann er eben die Befriedigung des ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers nicht verweigern, denn der Nachlaß wird nicht so erschöpft, daß daraus nicht noch der ausgeschlossene Gläubiger befriedigt werden könnte. Der ausgeschlossene Gläubiger in diesem Falle unterscheidet sich also praktisch in keiner Weise von einem gewöhnlichen, nicht ausgeschlossenen Gläubiger. Und deshalb zeigt, falls der ausgeschlossene Gläubiger klagt[1]), auch der prozessuale Verlauf keine Besonderheiten. Der Erbe wird, wenn sich der Klaganspruch des ausgeschlossenen Gläubigers als gerechtfertigt herausstellt, und wenn unbestritten der Überschuß größer ist als der Wert der Forderung, zur Leistung verurteilt und kann sich, wie stets, die Beschränkung seiner Haftung vorbehalten lassen.[2]) Leistet er dann nicht, so kann der ausgeschlossene Gläubiger, wie jeder gewöhnliche Gläubiger, wegen seiner Forderung in das gesamte Vermögen des Erben vollstrecken lassen; nur im Falle einer inzwischen angeordneten Nachlaßverwaltung oder eines inzwischen eröffneten Nachlaßkonkurses könnte der Erbe nach § 784 ZPO. durch Klage aus §§ 785, 767 ZPO. Freigabe der aus seinem Privatvermögen gepfändeten Gegenstände erreichen.

Solange also die aus dem Nachlasse stammende Bereicherung des Erben größer ist als die Forderung des ausgeschlossenen Gläubigers,

---

[1]) Der Erbe braucht es in diesem Falle überhaupt nicht auf eine Klage ankommen zu lassen, sondern kann dem Gläubiger aus dem Nachlaßrest ohne weiteres befriedigen und dadurch seine Bereicherung, den Überschuß, mindern; vgl. oben S. 51 d. A.

[2]) Ist der Erbe in dieser Weise uneingeschränkt, lediglich mit dem Vorbehalte der beschränkten Haftung, verurteilt worden, und stellt sich nachträglich eine Erschöpfung des Nachlasses heraus, so daß nun erst die Einrede des § 1973 praktisch wird, so kann der Erbe diese seine Einrede, die ihm gegen den durch das Urteil festgestellten ausgeschlossenen Anspruch erwachsen ist, im Wege der Vollstreckungsgegenklage aus § 767 ZPO. geltend machen; vgl. oben S. 79 d. A.

tritt eine Verschlechterung der Lage dieses Gläubigers nicht in Erscheinung, so daß es falsch ist zu sagen, das Ausschlußurteil kürze stets das Forderungsrecht des Gläubigers. Dies geschieht vielmehr erst, wenn der Wert des Nachlaßüberschusses zur Deckung der Forderung nicht ausreicht. Voraussetzung für die Geltendmachung der Einrede ist — neben dem Ausschlusse des Gläubigers — die Unzulänglichkeit des Nachlasses in betreff der eingeklagten Forderung. Sind beide Voraussetzungen erfüllt, so haftet der Erbe dem ausgeschlossenen Gläubiger nur noch in Höhe der Bereicherung, in Höhe des Nachlaßüberschusses. Deshalb muß der Erbe im Prozeß, wenn er der Klage des ausgeschlossenen Gläubigers gegenüber die Einrede geltend macht, nicht nur den Ausschluß dieses Gläubigers im Aufgebotsverfahren, sondern zugleich auch die Tatsache der „Erschöpfung des Nachlasses" behaupten und beweisen; er muß nachweisen, daß seine Bereicherung aus dem Nachlasse nicht ausreicht, um den Gläubiger wegen seiner eingeklagten Forderung zu befriedigen.[1])

Ist der Nachlaß völlig erschöpft[2]) derart, daß für den Erben eine Bereicherung überhaupt nicht mehr vorhanden ist, und gelingt ihm der

[1]) Daß er für das Maß der Erschöpfung des Nachlasses, für die Höhe und die Zusammensetzung des Überschusses beweispflichtig ist, ergibt die Fassung des § 1973 Abs. 1 Satz 1; vgl. auch Motive S. 650; Planck-Ritgen S. 77; Hagen S. 149 f.; Strohal S. 241 Anm. 18; Staudinger-Herzfelder S. 141; Matthiaß S. 568; Endemann, Erbrecht S. 429; ferner die Entsch. des RG. vom 10. 7. 1905 in der Juristenzeitung 1905 S. 1011. — Anders der I. Entw., der diese Beweislast dem Gläubiger auferlegte. — Ob auch der Nachlaßverwalter den Beweis der Erschöpfung des Nachlasses in jedem Falle bereits im Prozesse zu führen hat, oder ob ihm nicht vielmehr im Urteile dieser Beweis für das Zwangsvollstreckungsverfahren vorzubehalten ist, kann zweifelhaft sein. Das RG. hat sich in der eben genannten Entscheidung auf den letzteren Standpunkt gestellt und ausgesprochen, dem Verwalter könne nicht zugemutet werden, den Beweis im Prozesse zu führen; seine Aufgabe sei der des Konkursverwalters ähnlich, er habe die Gläubiger durch planmäßige Verteilung der Masse zu befriedigen. Er sei, bevor ein Verteilungsplan aufgestellt sei, nicht gezwungen, jedem ausgeschlossenen Gläubiger mit einem Beweis zu begegnen, der eine schon vorhandene Übersicht der Masse voraussetze.

[2]) Vollständige Erschöpfung bedeutet aber nicht, wie Planck-Ritgen (S. 77) annimmt, daß Nachlaßgegenstände überhaupt nicht mehr vorhanden sind, so daß der Erbe beweisen müßte, daß von der Erbschaft nichts mehr übrig ist. Es kommt vielmehr darauf an, daß der Erbe infolge der Tilgung von Nachlaßverbindlichkeiten oder infolge von Aufwendungen, die er dem ausgeschlossenen Gläubiger anzurechnen

Nachweis dieser völligen Erschöpfung, so kann der Erbe die Befriedigung des Gläubigers vollständig verweigern; dann besteht eben keine Verpflichtung zur Befriedigung des ausgeschlossenen Gläubigers mehr, und das Urteil ergeht auf Abweisung der Klage.[1]) Anders, wenn zwar ein Überschuß vorhanden ist, dieser aber zur Deckung der Forderung nicht ausreicht. Dann beschränkt sich die Verpflichtung des Erben gegenüber dem ausgeschlossenen Gläubiger auf die „Herausgabe des Überschusses" in dem oben erörterten Sinne. Der Gläubiger andererseits kann jetzt nicht mehr vom Erben die ursprüngliche Leistung verlangen, sondern nur die Befriedigung wegen seiner Forderung aus dem Nachlaßüberschusse (vgl. § 995 ZPO.), und zwar seine Befriedigung auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Wege, im Wege der Zwangsvollstreckung, sowie daß der Erbe in der ihm gesetzlich auferlegten Form dazu beitrage, diese Befriedigung aus dem Nachlaßüberschusse zu verwirklichen. Der klagende Gläubiger muß daher jetzt seinen Klagantrag entsprechend ändern und statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes „wegen der später eingetretenen Veränderung"[2]) die

berechtigt ist, z. B. Befriedigung nicht ausgeschlossener Nachlaßgläubiger aus seinem eigenen Vermögen, aus dem Nachlasse nicht mehr bereichert ist. Dem steht es gleich, wenn der Erbe nachweist, daß der Nachlaßrest durch die Befriedigung nicht ausgeschlossener Gläubiger erschöpft werden würde. Es können also sehr wohl noch Nachlaßgegenstände vorhanden sein, und trotzdem braucht sich der Erbe die Zwangsvollstreckung in dieselben nicht gefallen zu lassen, wenn der Wert seiner gemachten Zahlungen und Aufwendungen den Wert der Gegenstände erreicht oder übersteigt. Vgl. Motive S. 649; Strohal S. 241 Anm. 19; Matthiaß S. 568; Hagen S. 149 Anm. 110. – Daß der Erbe, falls seine Aufwendungen den Wert der Nachlaßgegenstände nicht erreichen, die Zwangsvollstreckung dulden muß, dafür aber aus dem Erlöse Befriedigung vorweg erlangen kann, ist oben auf S. 71 ausgeführt.

[1]) vgl. auch Eccius S. 617; Binder Teil 2 S. 126. Gegen Jäger, welcher meint (Erbenhaftung S. 9), der Erbe brauche sich in diesem Falle auf Prozesse der nachträglich erscheinenden ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger überhaupt nicht mehr einzulassen, da ihm die Passivlegitimation fehle, bemerkt zutreffend Eccius (S. 618 Anm. 12): „es muß eben gegen den neu andringenden Gläubiger dargelegt werden, ob der ganze Nachlaß herausgegeben ist; der spätere Gläubiger kann ganz andere Angaben über den ursprünglichen Bestand des Nachlasses machen". Es kann ja auch diesem Gläubiger gegenüber eine Haftung aus § 819 Abs. 1 BGB. in Betracht kommen. Vgl. ferner gegen Jäger noch Staudinger-Herzfelder S. 203 und Böhm, Erbrecht S. 366 Anm. 5 (ohne Begründung).

[2]) vgl. § 268 Ziff. 3 ZPO. Es genügt, daß der Kläger von der „Veränderung", d. h. der „Unzulänglichkeit" des Nachlasses, ohne eigenes Verschulden vor der Klagerhebung keine Kenntnis gehabt hat; vgl. RG. Bd. 26 S. 386.

„Herausgabe des Überschusses" fordern. Eine unzulässige Klagänderung ist dies nicht, wie § 268 Ziff. 3 ZPO. ergibt. Da er in diesem neuen Antrage den nachträglich geforderten Gegenstand entsprechend § 253 Ziff. 2 ZPO. bestimmt angeben, d. h. die Gegenstände des Überschusses, die der Erbe herausgeben soll, speziell bezeichnen muß, so muß er *vor* Änderung des Klagantrags vom Erben Vorlegung eines Verzeichnisses vom Bestande des Nachlaßüberschusses, nötigenfalls dessen Bekräftigung durch Offenbarungseid gemäß §§ 260, 261 BGB. verlangen.[1] Die vom Erben aufgestellte Aufzählung der Gegenstände des Überschusses hat er dann in seinen neuen Antrag zu übernehmen. Weiterhin hat er — falls er dies nicht schon von vornherein getan hat, und falls es sich nicht um Geldforderungen handelt — den Geldwert der von ihm an erster Stelle geforderten Leistung, für die er nun Befriedigung aus dem Überschusse fordert, anzugeben.[2]

Der Urteilstenor ist daher m. E. so zu fassen:

„Der Beklagte X wird als Erbe des Y verurteilt, *zum Zwecke der Befriedigung des Klägers A im Wege der Zwangsvollstreckung wegen dessen Forderung in Höhe von 1000 Mk.*[3][4] *den aus dem Nachlasse des Y stammenden Überschuß, bestehend aus folgenden Gegenständen . . ., herauszugeben.*"[5][6][7]

---

[1] vgl. oben S. 65 f. d. A. — Kommt der Erbe dem Verlangen des Gläubigers nicht nach, so hat dieser gegen ihn Zwangsmittel aus §§ 888 f. ZPO.

[2] vgl. oben S. 75 f. d. A.

[3] Die Worte „wegen dessen Forderung in Höhe von . . ." sind eingefügt, damit, wenn der Nachlaßüberschuß in der Zwangsvollstreckung unerwarteterweise mehr ergibt, als der Wert der Forderung des ausgeschlossenen Gläubigers beträgt, dieser nicht mehr als den ihm zukommenden Betrag erhalten kann; der überschießende Teil würde zurück an den Erben zu überweisen sein.

[4] Ging die ausgeschlossene Forderung auf einen bestimmten Gegenstand, z. B. ein Pferd, so kann dies in der Weise zum Ausdruck gebracht werden: „wegen dessen Forderung auf Leistung eines Pferdes im Werte von 1000 Mk." oder „wegen dessen Forderung auf Leistung der 6jährigen Fuchsstute F bezw. deren Wert mit 1000 Mk."

[5] „Herausgeben" ist selbstverständlich in der oben festgestellten Bedeutung im Sinne des § 1973 Abs. 2 Satz 1 zu verstehen.

[6] vgl. auch Binder Teil 2 S. 118, 119 und dazu S. 76 Anm. 1 d. A.; ferner Frommhold S. 59; Hellwig, Lehrbuch S. 230.

[7] Aus vorstehendem ergibt sich, daß es für den ausgeschlossenen Gläubiger in der Regel nicht zweckmäßig ist, von vornherein seine Klage auf Verurteilung des

Diese Urteilstenorierung, die allerdings etwas umständlich und langatmig ist, hat m. E. gegenüber den anderen den Vorzug, daß sie sich an die Worte des Gesetzes anschließt und dadurch sowohl die dem Erben in § 1973 Abs. 2 BGB. auferlegte Verpflichtung, als auch die dem Gläubiger allein gesetzlich gestattete Befriedigungsart klar ausspricht und die seiner Zwangsvollstreckung unterliegenden Gegenstände bezeichnet. Gerade dies letztere ist von Wichtigkeit. Die Zwangsvollstreckung darf eben, da § 781 ZPO. keine Anwendung findet, nicht in das Gesamterbenvermögen geführt werden, sondern nur in diejenigen im Erbenvermögen vorhandenen, der Regel nach aus dem früheren Nachlasse noch übrig gebliebenen Gegenstände, die den Überschuß bilden. Aus diesem Grunde muß der Tenor des Urteils eine Aufzählung dieser Gegenstände enthalten. Die in der Herausgabeverpflichtung des Erben enthaltene Pflicht zur Identifizierung der bei ihm befindlichen Nachlaßgegenstände mit den im Urteil aufgeführten Überschußgegenständen wird jetzt bei der Zwangsvollstreckung praktisch. Sie ermöglicht dem Gerichtsvollzieher eine ordnungsmäßige Pfändung, nämlich eine Pfändung in dem Umfange, den das Urteil ausspricht. Eine diesen Umfang überschreitende Zwangsvollstreckung, insbesondere also die Pfändung anderer als der Gegenstände des Überschusses, ist

---

Erben zur Herausgabe des Überschusses zu richten, was ja unzweifelhaft zulässig ist. Denn dann findet eine Umkehrung der Beweislast insofern statt, als er von vornherein in seiner Klage die Gegenstände des Überschusses speziell zu bezeichnen hat, und nicht erst der Erbe im Prozeß die Erschöpfung einredeweise vorschützen und beweisen muß. Dem Gläubiger ist also die Anstellung einer solchen Klage nur dann anzuraten, wenn er vor ihrer Erhebung vom Erben gemäß §§ 260 f. BGB. das Verzeichnis des Überschusses gefordert und vorgelegt erhalten hat. Übrigens wird man in besonderen Fällen von einer Angabe und Aufzählung der Nachlaßgegenstände im einzelnen absehen können; es wird dann die zusammenfassende Bezeichnung „Überschuß" genügen (vgl. auch Jur. Wochenschr. Bd. 29 S. 130 Ziff. 3). Dies gilt insbesondere dann, wenn der Erbe während des Prozesses seiner Verpflichtung zur Vorlegung eines Verzeichnisses des Überschusses nicht nachkommt und ihn der Gläubiger erst im Wege des Zwanges nach § 888 ZPO. dazu anhalten muß. Es wäre u. U. eine zu schwere und ungerechte Schädigung des Gläubigers, wenn er allein durch die Böswilligkeit des Erben an der Erlangung eines Zwangsvollstreckungstitels gehindert werden könnte. In solchen Fällen wäre es vielleicht zweckmäßig, im Urteilstenor an erster Stelle die Verpflichtung zur Vorlegung des Verzeichnisses auszusprechen, in zweiter Linie die Verpflichtung zur Herausgabe des auf Grund des Verzeichnisses sich ergebenden Überschusses; vgl. hierzu analog § 254 ZPO.

deshalb nicht im Wege der Klage aus §§ 785, 767 ZPO. abzustellen. Eine solche Zwangsvollstreckung ist vielmehr von vornherein unzulässig, denn sie stimmt nicht mit dem Inhalte der Urteilsformel überein, ihr Umfang geht über den dem Gläubiger gestatteten Umfang hinaus.[1])

Um die Unstatthaftigkeit der Vollstreckungsmaßregeln zu rügen und die Aufhebung der unzulässigen Vollstreckungsmaßregel zu erreichen, wendet sich der Erbe gemäß § 766 ZPO. mit Einwendungen und Erinnerungen an das Vollstreckungsgericht[2]), welches über diese entscheidet bezw. die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung anordnet (§§ 766 Abs. 1 Satz 2, 732 Abs. 2 ZPO.).[3])

Wenn nun auch prinzipiell die Zwangsvollstreckung zur Befriedigung des ausgeschlossenen Gläubigers nur in die Gegenstände des Nachlaßüberschusses geführt wird, so kann doch ausnahmsweise eine Zwangsvollstreckung in das Privaterbenvermögen in einem bestimmten Umfange stattfinden[4]), nämlich dann, wenn Werte aus dem Nachlasse in das Privatvermögen des Erben übergegangen sind und so eine Bereicherung des Erben herbeigeführt haben, oder wenn den Erben dem betreffenden ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber eine erhöhte Haftung gemäß §§ 818 Abs. 4 oder 819 BGB. trifft. Dann kann der ausgeschlossene Gläubiger *insoweit*, „zur Realisierung dieser Werte“[5]), die Zwangsvollstreckung in das eigene Vermögen des Erben führen. Bei einer Pfändung über den Betrag dieser Werte hinaus bleibt dem Erben wiederum der Weg des § 766 ZPO.

Der geschilderte prozessuale Verlauf erleidet eine Änderung, wenn der Erbe während des Prozesses von der ihm in § 1973 Abs. 2 Satz 2 BGB. gewährten Befugnis Gebrauch macht und sich bereit erklärt, die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände durch

---

[1]) Für den Fall, daß der Erbe seiner Identifizierungspflicht nicht genügt, vgl. oben S. 66 d. A. und Anm. 4 daselbst.

[2]) So auch *Dernburg*, Erbrecht S. 467.

[3]) Schon oben auf S. 77f. war darauf hingewiesen worden, daß im Falle der Haftungseinschränkung des § 1973 BGB. die §§ 781, 785 ZPO. und damit die Klage aus § 767 ZPO. keine Anwendung finden können; ein weiteres Argument gegen die Zulässigkeit dieser Klage ergab sich aus § 767 Abs. 2 ZPO.: vgl. oben S. 78 f. d. A.

[4]) vgl. hierzu *Strohal* S. 249; a. M. *Binder* Teil 2 S. 127 Anm. 82.

[5]) *Strohal* a. a. O.

Zahlung des Wertes abzuwenden. Hierbei ist wieder zu unterscheiden, ob der Überschuß nur aus noch vorhandenen Nachlaßgegenständen besteht, oder aber außer diesen noch andere Werte — aus dem übrigen Vermögen des Erben — enthält.[1]) In beiden Fällen muß der Erbe, falls es noch nicht geschehen, die einzelnen noch vorhandenen Nachlaßgegenstände nachweisen, event. zugleich ihren Wert angeben. Der Gläubiger hat hierauf seinen Klagantrag entsprechend abzuändern und statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes bezw. statt der Herausgabe des Überschusses den Wert der Nachlaßgegenstände zu fordern. Eine unzulässige Klageänderung liegt hierin ebenfalls nicht (§ 268 Ziff. 3 ZPO.). Kommt es über den Wert der Nachlaßgegenstände nicht zu einer Einigung unter den Parteien, so ist er durch den Richter, nötigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen, festzusetzen. In der Regel wird hier der Prozeß — vielleicht schon vor einer Änderung des klägerischen Antrags — durch Vergleich enden; können sich aber die Parteien nicht einigen, so muß der Erbe zur Zahlung der in dieser Weise als Wert der Gegenstände des Überschusses ermittelten Geldsumme verurteilt werden.[2]) Die Zwangsvollstreckung aus einem solchen Urteile erfolgt ohne jede Einschränkung in das Gesamtvermögen des Erben.

Deckte sich die Summe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände, deren Wert der Erbe zu zahlen sich bereit erklärt hat, nicht mit dem Überschusse, zu dessen Herausgabe er verpflichtet ist[3]), so ergeht ein Urteil gegen den Erben, das sich als Kombinierung des Urteils zur Zahlung der Wertsumme mit dem zur Herausgabe des Überschusses darstellt.

---

[1]) vgl. oben S. 73 d. A.

[2]) In diesem Falle ist übrigens ausnahmsweise eine Abweisung des ausgeschlossenen Gläubigers mit der Mehrforderung möglich, nämlich dann, wenn die Forderung des Gläubigers und dementsprechend sein Klagantrag auf eine bestimmte Geldsumme ging, und wenn der als Wert der Überschußgegenstände festgestellte Betrag hinter dieser Summe zurückbleibt. Hat dann der Gläubiger seinen Anspruch nicht ermäßigt, so wird der Erbe zur Zahlung der Wertsumme verurteilt und der Gläubiger mit der Mehrforderung abgewiesen. Das gleiche kann eintreten, wenn der Nachlaßüberschuß überhaupt nur in Geld besteht. Doch wird es in diesen Fällen der Gläubiger auf eine solche Abweisung wegen der ihn treffenden Kosten (§ 92 ZPO.) wohl selten ankommen lassen.

[3]) vgl. oben S. 73 d. A.

B. Die Rechtsstellung des ausgeschlossenen Gläubigers im übrigen.

Von Wichtigkeit für die Rechtsstellung des ausgeschlossenen Gläubigers ist ferner die Untersuchung, ob das Ausschlußurteil, das — wie soeben ausgeführt — seine Rechtsposition gegenüber der der andern Nachlaßgläubiger in so erheblichem Maße verschlechtert, ihn auch in der Ausübung anderer, den gewöhnlichen Nachlaßgläubigern zustehenden Rechte beschränkt.

Nach § 217 Abs. 1 KO. ist zu dem Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses — neben dem Erben, dem Nachlaßverwalter, dem Nachlaßpfleger und dem den Nachlaß verwaltenden Testamentsvollstrecker — jeder Nachlaßgläubiger berechtigt. Hiervon enthält jedoch § 219 Abs. 1 Satz 1 KO. eine Ausnahme zuungunsten eines im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubigers; ein solcher kann die Eröffnung des Nachlaßkonkursverfahrens nur beantragen, wenn über das Vermögen des Erben bereits Konkurs eröffnet ist.[1] [2])

In bezug auf die Beantragung der Konkurseröffnung ist also der ausgeschlossene Gläubiger beschränkt. Dagegen wird man in Ermangelung einer besonderen entgegenstehenden Vorschrift ihm das Recht zur Beantragung der Nachlaßverwaltung nicht absprechen können, sofern die in § 1981 Abs. 2 Satz 1 BGB. genannten Voraussetzungen vorliegen, was allerdings wohl selten der Fall sein wird.[3])

Wie aber schon die Zulässigkeit eines Antrags auf Nachlaßverwaltung seitens eines ausgeschlossenen Gläubigers in der Literatur nicht unbestritten ist, so sind auch über das Recht eines solchen Gläu-

---

[1]) Die Ansicht Rosenmeyers (S. 276, 283), daß das Recht, Nachlaßkonkurs zu beantragen, entfalle, wenn der Erbenkonkurs schon den Nachlaß mit begreift, kann ich nicht teilen; vgl. hierzu auch Jäger, KO. S. 918; Strohal S. 259 f.; Binder Teil 2 S. 174 Anm. 88.

[2]) Wegen der Möglichkeit eines Konkurses über den „Überschuß" vgl. oben S. 59 Anm. 2; wegen der Stellung der ausgeschlossenen Gläubiger im Nachlaßkonkurse vgl. oben S. 51 Anm. 1 d. A.

[3]) Dies ist jedoch bestritten. Die Ansicht des Textes findet sich bei Strohal S. 250; Staudinger-Herzfelder S. 148, 181; Jäger, Erbenhaftung S. 42 Anm. 21; Binder Teil 2 S. 128; Wilke-Koffka S. 45, 53; Frommhold S. 48; Matthiaß S. 571. Dagegen versagen dem ausgeschlossenen Gläubiger das Antragsrecht Planck-Ritgen S. 81; Weißler S. 275; Kuhlenbeck S. 480; Mayer-Reis S. 247; Fischer-Henle S. 941 (Anm. 2 zu § 1981).

bigers, dem Erben eine Inventarfrist setzen zu lassen, die Ansichten geteilt. Verschiedene Schriftsteller[1]) sprechen einem ausgeschlossenen Gläubiger dieses Recht schlechthin ab. Hiergegen ist aber einzuwenden, daß das Gesetz in § 1994 BGB. eine Unterscheidung nicht macht, und daß, wenn nach § 1994 Abs. 2 Satz 2 ein Antrag selbst dann zulässig und wirksam ist, wenn eine Forderung gar nicht besteht, diese Antragsbefugnis mit mindestens gleicher Berechtigung dem Gläubiger zuzuerkennen ist, dessen Forderung ausgeschlossen ist. Allerdings hat die etwaige Versäumung der Inventarfrist seitens des Erben keine Wirkung zugunsten des ausgeschlossenen Gläubigers; denn nach § 2013 Abs. 1 Satz 2 BGB. tritt eine Veränderung in der Haftung des Erben gegenüber diesem Gläubiger nicht ein.

Man wird nun fragen, welches Interesse der ausgeschlossene Gläubiger denn daran haben kann, dem Erben eine Inventarfrist setzen zu lassen und damit ein Inventar zu verlangen, da der Erbe im Falle der Versäumung dieser Frist ihm doch nicht unbeschränkt und unbeschränkbar haftet. Der Beweggrund für den Gläubiger kann folgender sein: Das Inventar ist Voraussetzung des Offenbarungseides nach § 2006 BGB., den jeder Gläubiger, auch der ausgeschlossene,[2]) vom Erben verlangen kann. Da bei Verweigerung des Offenbarungseides, wie sogleich noch näher zu zeigen ist, auch dem ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber der definitive Verlust der beschränkbaren Haftung des Erben eintritt, so ist es wohl von Interesse für den ausgeschlossenen Gläubiger, sich die Voraussetzung des Offenbarungseides nach § 2006 BGB. — dessen möglicherweise erfolgende Verweigerung seine Stellung bedeutend verbessern würde — zu verschaffen oder wenigstens den Versuch dazu zu machen, indem er die Setzung einer Frist zur Errichtung eines Inventars beantragt.[3])

---

[1]) Hachenburg S. 691; Frommhold S. 61; Fischer-Henle S. 947 (Anm. 1 zu § 1994); Mayer-Reis S. 247 Anm. 15.

[2]) vgl. unten S. 91 d. A.

[3]) Dieser Gesichtspunkt ist in der Literatur anscheinend übersehen worden; er ist aber m. E. bemerkenswert. Im übrigen geben dem ausgeschlossenen Gläubiger das Recht, die Setzung einer Inventarfrist zu beantragen: Strohal S. 210 und 251; Planck-Ritgen S. 81 und S. 121; Kipp S. 467; Binder Teil 2 S. 77, 128 und 223; Wilke S. 5 (den Binder irrtümlich für die entgegengesetzte Meinung zitiert); Wilke-Koffka S. 69; Jäger, Erbenhaftung S. 14; Weißler S. 276; Staudinger-Herzfelder S. 148 und 213; Matthiaß S. 561; Kuhlenbeck S. 491.

Daß auch ein ausgeschlossener Gläubiger den Offenbarungseid nach § 2006 BGB. vom Erben verlangen kann, bestreitet nur Strohal (S. 222 Anm. 33), jedoch mit Unrecht.[1]) Er argumentiert folgendermaßen:

Die im § 2006 Abs. 3 BGB. für den Fall der Verweigerung des Eides nur zugunsten des verlangenden Gläubigers bestimmte Rechtsfolge kann zugunsten eines ausgeschlossenen Gläubigers überhaupt nicht eintreten. Folglich hat er auch kein Recht, den Offenbarungseid nach § 2006 Abs. 1 BGB. vom Erben zu verlangen.

Mit der Prämisse Strohals kann ich mich nicht einverstanden erklären. Nach § 2013 Abs. 1 Satz 2 BGB. bleibt die durch das Ausschlußurteil nach § 1973 BGB. herbeigeführte Wirkung bestehen, wenn nach diesem Zeitpunkte der Fall des § 1994 Abs. 1 Satz 2 oder des § 2005 Abs. 1 BGB. eintritt. Dies sind die Fälle, in denen der Erbe infolge von Versäumung der Inventarfrist oder absichtlich unrichtiger Inventarerrichtung allen Nachlaßgläubigern gegenüber seine beschränkbare Haftung verliert und nunmehr endgültig unbeschränkt haftet. Die Fälle des allgemeinen Verlustes der beschränkbaren Haftung berühren also die Wirkung des Ausschlußurteils nicht. Anders steht es mit den Fällen, in denen der Erbe einem einzelnen Gläubiger gegenüber des Rechtes der Haftungsbeschränkung verlustig geht, also den Fällen des vertragsmäßigen Verzichtes auf die beschränkte Haftung, der Versäumung des Vorbehaltes im Urteil (§ 780 ZPO.) und der Verweigerung des Offenbarungseides (§ 2006 BGB.). Diese Endigungsgründe der beschränkbaren Haftung, insbesondere der § 2006, sind in § 2013 Abs. 2 Satz 2 BGB. nicht erwähnt, und hieraus geht deutlich hervor, daß sich in diesen Fällen der Erbe gegenüber den vorher ausgeschlossenen Gläubigern auf sein Einrederecht aus § 1973 BGB. nicht berufen kann.

Mit der Richtigkeit der Voraussetzung Strohals fällt aber auch die Richtigkeit seiner daraus gezogenen Schlußfolgerung. Es kann vielmehr ein ausgeschlossener Gläubiger sehr wohl von dem Erben die Leistung des Offenbarungseides nach § 2006 BGB. verlangen.

---

[1]) Die Ansicht des Textes teilen Planck-Ritgen S. 146; Staudinger-Herzfelder S. 227; Weißler S. 276 und 381; Böhm, Erbrecht S. 397; Binder Teil 2 S. 232 Anm. 68; Jäger, Erbenhaftung S. 191; Wilke-Koffka S. 85; anscheinend auch Hagen S. 148 Anm. 109.

Schließlich erhebt sich noch die Frage, ob das Ausschlußurteil auf die Möglichkeit, die ausgeschlossene Forderung im Wege der Einrede bezw. der Aufrechnung geltend zu machen, einen Einfluß ausübt. In Betracht kommt in erster Linie die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Diese Einrede (§ 322 BGB.) fließt aus der Natur der gegenseitigen Verträge; sie ist eine Verteidigung gegen den Anspruch des anderen Teils, in diesem Falle des Erben, und steht dessen Klage[1]) gegenüber. Beruht daher die ausgeschlossene Forderung auf einem gegenseitigen Vertrage, muß diese Einrede auch dem ausgeschlossenen Gläubiger erhalten bleiben.[2])

Bestrittener ist die Frage hinsichtlich der Aufrechnung. Nach § 390 Satz 1 BGB. kann zwar eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden. Daher halten Planck-Ritgen (S. 78), Böhm (Erbrecht S. 380) und Weißler (S. 341) die Aufrechenbarkeit einer ausgeschlossenen Forderung für unstatthaft. Allein es kommt hier nicht § 390 Satz 1, sondern § 389 BGB. in Betracht; rechnet nämlich jetzt der Gläubiger gegen eine im Nachlaß befindliche Forderung auf, so gelten die beiden Forderungen, soweit sie sich decken, als ex tunc erloschen. Bestand also die Aufrechenbarkeit schon im Momente des Ausschlußurteils, so kann sie dem Gläubiger nicht durch dieses entzogen werden, da sie ja, wie Strohal hervorhebt, nicht einmal durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beeinträchtigt wird.[3])

---

[1]) Bezw. der Klage des Nachlaßverwalters oder Nachlaßkonkursverwalters; vgl. hierzu auch § 17 KO.

[2]) vgl. Strohal S. 250; Planck-Ritgen S. 78; Staudinger-Herzfelder S. 148; Frommhold S. 48; Matthiaß S. 568; Böhm, Erbrecht S. 380; derselbe, Erbenhaftung S. 687.

[3]) vgl. Strohal S. 250 u. Anm. 49 daselbst; Staudinger-Herzfelder S. 148 f.; Matthiaß S. 568; Pelargus S. 243; Frommhold S. 48; Böhm, Erbenhaftung S. 687, der hier — im Gegensatze zu Erbrecht S. 390 — die Möglichkeit der Aufrechnung bejaht; vgl. ferner die auch für das jetzige Recht zutreffende Entscheidung d. RG. Bd. 42 S. 138 ff.

Zweiter Abschnitt.

Weitere Wirkung des Aufgebots bei Miterben.

Erstes Kapitel.

Wirkung des schwebenden Aufgebotsverfahrens auf das Rechtsverhältnis unter den Miterben.

Aufschub der Auseinandersetzung (§ 2045 BGB.).

Die bisher betrachteten Wirkungen des Aufgebots der Nachlaßgläubiger treten ein sowohl zugunsten des Alleinerben als auch — bei Vorhandensein einer Erbenmehrheit — zugunsten der Miterben. Nun zieht aber das Aufgebotsverfahren im Falle einer Erbenmehrheit noch weitere rechtliche Folgen nach sich, sowohl in bezug auf das Rechtsverhältnis der Miterben untereinander als auf ihre Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten.

Die Erbengemeinschaft ist nicht auf die Dauer berechnet; sie ist nur ein vorübergehendes, zur Herbeiführung der Liquidation des Nachlasses geschaffenes Rechtsverhältnis und strebt nach Auseinandersetzung der Erben über ihre Anteile, nach Beendigung. Aus diesen Erwägungen heraus bestimmt § 2042 Abs. 1 BGB., daß jeder Miterbe jederzeit die Auseinandersetzung verlangen kann. Nur in gewissen Ausnahmefällen findet ein zeitweiliger Ausschluß der Teilung statt (vgl. §§ 2042 Abs. 2, 749 Abs. 2 und 3, 750, 751, ferner §§ 2043, 2044 BGB.).

Zu diesen Fällen gehört nach § 2045 BGB. der Aufschub der Auseinandersetzung bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens. Ist nämlich zur Feststellung der Schuldenlast des Nachlasses ein Aufgebotsverfahren bereits eingeleitet worden, so kann jeder Miterbe Aufschub der Auseinandersetzung bis zur Beendigung des Verfahrens verlangen. Ist ein Aufgebotsverfahren noch nicht eingeleitet, so kann diesem Verlangen nur dann stattgegeben werden, wenn unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB.), der Antrag auf Aufgebot gestellt wird.[1]) Der Grund dieser Bestimmung liegt einerseits in der großen

[1]) Dasselbe gilt bezüglich der öffentlichen Aufforderung seitens eines Miterben an die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Forderung nach § 2061 BGB. (vgl. unten S. 110 Anm. 5 d. A.); die Auseinandersetzung ist bis zum Ablaufe der Anmeldefrist aufzuschieben.

Bedeutung, die die Kenntnis der Nachlaßschulden für die Auseinandersetzung der Miterben hat, und andererseits in der weiteren Wirkung des Aufgebots (§ 2060 Ziff. 1 BGB.) [1]), daß jeder Miterbe nach der Teilung den sich nicht rechtzeitig meldenden Gläubiger nur für den seinem Erbteile entsprechenden Teil der Nachlaßverbindlichkeiten haftet.

Zweites Kapitel.

Wirkung des Ausschlußurteils auf die Art der Haftung der Miterben.

Anteilmäßige Haftung (§ 2060 Ziff. 1 BGB.).

§ 1.

Die Haftung der Miterben.

Neben der oben besprochenen Wirkung des im Aufgebotsverfahren ergehenden Ausschlußurteils, die Haftung des bezw. der Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten den ausgeschlossenen Gläubigern gegenüber in Gemäßheit des § 1973 BGB. einzuschränken, hat das Aufgebot bei Vorhandensein mehrerer Erben noch einen weiteren entscheidenden Einfluß auf die Haftung der Erben. Es ist daher zunächst in kurzen Zügen die Haftung der Miterben überhaupt darzustellen.

Während für die Haftung des Alleinerben nur der Gesichtspunkt maßgebend ist, ob der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten schlechthin unbeschränkt, d. h. auch mit seinem eigenen Vermögen, oder beschränkbar bezw. beschränkt, d. h. nur mit dem Nachlasse haftet, kommt bei einer Erbenmehrheit noch ein zweiter Gesichtspunkt hinzu, nämlich der, ob der einzelne Erbe — ohne Rücksicht auf beschränkbare bezw. beschränkte oder schlechthin unbeschränkte Haftung — für den ganzen Betrag jeder einzelnen Nachlaßverbindlichkeit aufzukommen hat oder nur für den seiner Erbquote entsprechenden Anteil. Diese Frage der gesamtschuldnerischen oder anteilmäßigen Haftung ist streng zu scheiden von der Frage der schlechthin unbeschränkten oder beschränkbaren bezw. beschränkten Haftung; durch die Beantwortung der ersten Frage wird festgestellt, *wofür*, d. h. für welchen Betrag der Nachlaßverbindlichkeit der einzelne Erbe haftet; die Beantwortung der zweiten Frage lehrt uns, *womit*, d. h. mit welchem Vermögen er haftet. Das Gesetzmaterial zur Be-

[1]) Und ebenso der Aufforderung gemäß § 2061 BGB.

antwortung der ersten Frage finden wir in den §§ 2058—2061 BGB.; die Frage, ob der einzelne Erbe beschränkbar bezw. beschränkt oder schlechthin unbeschränkt haftet, regelt sich im allgemeinen nach den Grundsätzen über die Haftung des Erben in den §§ 1967—2017 BGB., die durch die Sondervorschriften der §§ 2062, 2063 BGB. ergänzt werden.[1])

Grundsätzlich haften die Erben, falls der Gläubiger nicht die Leistung aus dem ungeteilten Nachlasse von sämtlichen Miterben verlangt (§ 2059 Abs. 2 BGB.), für die gemeinsamen Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner (§ 2058 BGB.), d. h. jeder kann auf Berichtigung der ganzen Schuld belangt werden (§ 421 BGB.). Dies gilt sowohl für die Zeit vor der Teilung des Nachlasses als nach diesem Zeitpunkte. Da jedoch die Miterben vor der Teilung über ihren Anteil an den Nachlaßgegenständen nicht verfügen können (§ 2033 Abs. 2 BGB.), um sich so die zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten erforderlichen Mittel zu verschaffen[2]), so gewährt ihnen das Gesetz zum Schutze ihres eigenen Vermögens das Recht, bis zur Teilung des Nachlasses die Berichtigung der Verbindlichkeiten aus ihrem Privatvermögen zu verweigern (§ 2059 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Die Gläubiger können dann nur entweder aus dem ungeteilten ganzen Nachlasse (§ 2059 Abs. 2 BGB., § 747 ZPO.) Befriedigung verlangen oder den Anteil eines Miterben am Nachlasse angreifen (§§ 2059 Abs. 1 Satz 1, 2033 Abs. 1 BGB.; 859 Abs. 2 ZPO.).

Dies gilt jedoch nur, falls der Miterbe für die Nachlaßverbindlichkeiten nach den allgemeinen Grundsätzen noch nicht unbeschränkt, d. h. unbeschränkbar haftet. Ist dies der Fall, so steht ihm das Recht, die Gläubiger auf den Nachlaß zu verweisen, in Ansehung des dem Erbteile entsprechenden Teiles der Verbindlichkeit nicht zu (§ 2059 Abs. 1 Satz 2 BGB.), d. h. insoweit können sich die Gläubiger auch an das

---

[1]) vgl. § 1922 Abs. 2 BGB.: „Auf den Anteil eines Miterben (Erbteil) finden die sich auf die Erbschaft beziehenden Vorschriften Anwendung." Die Grundsätze über die Beschränkung der Haftung, die schon oben S. 4 ff. erörtert wurden, bleiben daher hier außer Betrachtung. Die Abweichungen bei einer Erbenmehrheit beziehen sich auf die Nachlaßverwaltung: sie kann nur von den Erben gemeinschaftlich beantragt werden und ist nach der Teilung ausgeschlossen (§ 2062 BGB.), und auf die Inventarerrichtung: sie kommt den übrigen Miterben zu statten (§ 2063 BGB.).

[2]) vgl. Denkschrift S. 281; Protokolle S. 871, 873.

übrige Vermögen des Erben halten; der Erbe haftet also unbeschränkt, aber nur anteilig.[1])

Ist die Teilung erfolgt, so haften die Miterben wieder grundsätzlich als Gesamtschuldner; jeder einzelne Erbe haftet für jede einzelne Schuld bis zu deren vollem Betrage, und zwar bei endgültig unbeschränkter Haftung mit seinem gesamten Vermögen, bei beschränkter Haftung mit der zugeteilten Nachlaßquote. Erleidet also der Gläubiger bei einem Miterben einen Ausfall, so kann er nach seiner Wahl jeden anderen Miterben belangen.[2]) Es soll hierdurch ein Druck auf den Erben ausgeübt werden, die Nachlaßschulden vor der Teilung zu berichtigen, und sie sollen von der Vornahme einer voreiligen Teilung zurückgehalten werden.[3])

Dieses strenge Prinzip der Gesamthaftung gilt jedoch nicht, falls die Miterben das Ihrige dazu getan haben, die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten zu ermöglichen, und falls die Verbindlichkeiten ihnen ohne ihr Verschulden unbekannt geblieben sind (vgl. Denkschrift S. 282; Protokolle S. 877).[4]) Es tritt dann vielmehr an die Stelle der gesamtschuldnerischen Haftung das Prinzip der Teilhaftung (§ 2060).

Dies ist vor allem dann der Fall, wenn zur Ermittelung der Nachlaßverbindlichkeiten ein Aufgebotsverfahren eingeleitet worden ist[5]); dem im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubiger haftet jeder Miterbe nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Nachlaßverbindlichkeit (§ 2060 Ziff. 1 BGB.).

---

[1]) Die Einrede des § 2015 BGB. hat neben dem § 2059 Abs. 1 BGB. ihren selbständigen Wert; sie steht sowohl der Gesamtheit der Miterben als jedem einzelnen Erben zu, übrigens nicht nur vor, sondern auch nach der Teilung. Vgl. Eccius S. 813 f.; Jäger, Erbenhaftung S. 26; Weißler S. 378; Böhm, Erbrecht S. 409.

[2]) Natürlich wird hierdurch das Verhältnis der Miterben untereinander, insbesondere das Recht des einzelnen Erben, Ersatz des von ihm über seine Quote hinaus Gezahlten von den andern Erben zu verlangen, nicht berührt.

[3]) Dieser Druck wird noch dadurch verstärkt, daß nach der Teilung die Anordnung einer Nachlaßverwaltung ausgeschlossen ist (§ 2062 BGB.).

[4]) vgl. auch Jäger, Erbenhaftung S. 26: „Für verspätet geltend gemachte Nachlaßschulden gilt Teilhaftung, nicht Gesamthaftung."

[5]) Die übrigen Fälle (§ 2060 Ziff. 2 und 3) bleiben hier außer Betrachtung, da sie nicht in den Rahmen dieser Arbeit fallen.

§ 2.

Formelle Besonderheiten des Gläubigeraufgebots bei Miterben; die nach § 2060 Ziff. 1 eintretende Teilhaftung.

Das Aufgebotsverfahren der Nachlaßgläubiger zeigt bei einer Erbenmehrheit einige Besonderheiten.

I. Zum Antrage auf Erlassung des Aufgebots ist sowohl die Gesamtheit der Erben als jeder einzelne Miterbe berechtigt; der von einem Erben gestellte Antrag sowie das von ihm erwirkte Ausschlußurteil kommt den anderen Erben zustatten, unbeschadet der Vorschriften des BGB. über die unbeschränkte Haftung (§§ 997 Abs. 1 Satz 1 ZPO., 2013 Abs. 1 BGB.).

Als Rechtsnachteil ist den sich nicht meldenden Gläubigern außer den Folgen des § 1973 BGB. (vgl. § 995 ZPO.) weiterhin nach § 997 Abs. 1 Satz 2 ZPO. noch anzudrohen, daß der Erbe nach der Teilung des Nachlasses den ausgeschlossenen Gläubigern nur für den seinem Erbteile entsprechenden Teil der Nachlaßverbindlichkeit haftet (§ 2060 Ziff. 1 BGB.).[1] [2])

Es knüpfen sich also bei Vorhandensein einer Erbenmehrheit zwei voneinander ganz unabhängige Rechtsfolgen (§§ 1973, 2060 Ziff. 1 BGB.) an das Aufgebot, und hieraus erklärt sich die Bestimmung des § 997 Abs. 2 ZPO., daß das Aufgebot unter Androhung seiner nach Teilung des Nachlasses eintretenden anteiligen Haftung auch von einem solchen Miterben beantragt werden kann, der für die Nachlaßverbindlichkeiten bereits endgültig unbeschränkt haftet. Es zieht eben dann dieses Ausschlußurteil lediglich die Folge des § 2060 Ziff. 1 nach sich, die unbeschränkte Haftung des Erben bleibt unberührt; er haftet dann nach der Teilung den ausgeschlossenen Gläubigern nur anteilig, jedoch unbeschränkt. Dieses Antragsrecht des unbeschränkt haftenden Miterben,

---

[1]) Erleidet also ein solcher ausgeschlossener Gläubiger bei einem Miterben einen Ausfall, so kann er sich für diesen nicht bei den andern Erben erholen.

[2]) Geht die Forderung des Gläubigers auf eine unteilbare Leistung, so muß sie — wie dies ja wegen der Haftung des Erben gemäß § 1973 BGB. ohnehin erforderlich ist, vgl. oben S. 75 d. A. — in eine Geldforderung umgewandelt werden und wird dadurch teilbar. Ebenso Cosack S. 753. — A. M. Planck-Ritgen S. 221 und Staudinger-Herzfelder S. 321, die meinen, es könne in diesem Falle die Teilhaftung nicht Platz greifen.

das also immerhin praktischen Wert hat[1]), ist dann von Bedeutung, wenn keiner seiner Miterben das Aufgebot beantragen will.

II. Es sind daher zur Vermeidung des sie nach § 2060 Ziff. 1 BGB. treffenden Verlustes des Rechtes, die einzelnen Miterben nach der Teilung als Gesamtschuldner in Anspruch zu nehmen, anmeldepflichtig nicht nur die Gläubiger, die schon nach den §§ 1970 ff. BGB. von dem Aufgebote betroffen werden, sondern im Gegensatze zu § 1973 in Verbindung mit § 2013 Abs. 1 BGB. auch diejenigen, denen ein Miterbe unbeschränkt haftet. Diese unbeschränkte Haftung kann zuungunsten eines oder mehrerer Erben sowohl gegenüber einzelnen als gegenüber allen Nachlaßgläubigern eingetreten sein.[2])

Ferner erstreckt sich das Aufgebot bezüglich der Wirkung des § 2060 Ziff. 1 auch auf die Gläubiger aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen (§ 1972 BGB.), die bezüglich des Rechtsnachteils des § 1973 nicht betroffen werden.[3]) Diese stehen freilich im Range sämtlichen andern Nachlaßgläubigern nach und können daher nur dann etwas verlangen, wenn nach Befriedigung dieser Gläubiger noch etwas übrig ist. Sollte der Erbe mit Rücksicht auf seine event. Verbindlichkeiten aus § 1980 BGB. genötigt sein, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen, so bleiben bei der Bemessung der Zulänglichkeit des Nachlasses nur die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen, nicht aber diejenigen aus Pflichtteilsrechten außer Betracht (§ 1980 Abs. 1 Satz 2 BGB.).

Für die Wirkung des Ausschlußurteils (§ 2060 Ziff. 1) ist es gleichgültig, ob den Miterben die nicht angemeldete Forderung nach dem Aufgebotsantrage, aber noch vor der Teilung bekannt war. Dies folgt daraus, daß die Kenntnis der Miterben von der Forderung vor Erlassung des Ausschlußurteils auf dieses keinen Einfluß hat: der bekannte, trotzdem anmeldepflichtige Gläubiger, der sich nicht meldet, wird eben ausgeschlossen und muß die angedrohten Rechtsnachteile, insbesondere den Eintritt der Teilhaftung der Miterben, nach Teilung des Nachlasses erleiden.[4])

[1]) vgl. Strohal S. 348.

[2]) vgl. oben S. 23 d. A.: Anmeldung zwecks Vermeidung der Präklusivwirkung des § 1973 gegenüber den beschränkbar haftenden Erben; vgl. ferner Strohal S. 347; Planck-Ritgen S. 221.

[3]) vgl. oben S. 22 f. d. A.

[4]) vgl. Strohal S. 348; Planck-Ritgen S. 221; Hellmann S. 243;

III. Was das zeitliche Verhältnis anbetrifft, in welchem die nach § 2060 Ziff. 1 BGB. wesentlichen Tatsachen zueinander stehen, so gilt folgendes:

Der Antrag auf Erlassung des Aufgebots muß vor der Teilung gestellt sein.[1]) Daß auch das Ausschlußurteil noch vor der Teilung ergangen sein muß, ist nicht erforderlich, nur beginnt, wenn die Teilung während des Verfahrens vorgenommen wird, die anteilige Haftung der Miterben noch nicht mit der Teilung, sondern erst mit dem Ausschlußurteile.[2])

Die Bestimmung des § 2060 Ziff. 1 bezieht sich zunächst auf den Fall, daß der Anspruch seitens des ausgeschlossenen Gläubigers nach der Teilung erhoben wird. Sie wird aber auch dann anzuwenden sein, wenn die Teilung während des Prozesses erfolgt, wenn also die Klage gegen einen oder alle Miterben vor der Teilung erhoben ist, das Urteil aber erst nach der Teilung ergeht.[3]) In diesem Falle ist es sogar denkbar, daß das Ausschlußurteil erst nach dem im Prozesse ergangenen Urteile ausgesprochen wird, und daß trotzdem § 2060 Ziff. 1 Platz greift.[4])

Diesem letzteren Falle sehr ähnlich verhält sich die Sache, wenn schon ein rechtskräftiges Urteil zugunsten des Gläubigers vorliegt, und sich erst nach diesem die Voraussetzungen des § 2060 Ziff. 1 einschließlich der Teilung erfüllen; auch hier ist § 2060 wirksam.[5]) Dies kann dann vorkommen, wenn der Gläubiger schon gegen den Erblasser ein Urteil erwirkt hatte, dann aber in dem seitens der Miterben ein-

---

Küntzel S. 839; Staudinger-Herzfelder S. 322; Endemann, Erbrecht S. 509; Wilke S. 20; Frommhold S. 108; Jäger, Erbenhaftung S. 26 Anm. 19; Matthiaß S. 581; Böhm, Erbenhaftung S. 700; derselbe, Erbrecht S. 418. Letzterer betont, daß das im Text Gesagte auch von denjenigen Gläubigern gilt, welche der Erbe in dem dem Aufgebotsantrage beigefügten Verzeichnisse (§ 992 ZPO.) als ihm bekannt aufgeführt hat. Das bedarf eigentlich keiner besonderen Hervorhebung.

[1]) vgl. Küntzel S. 841.

[2]) vgl. Planck-Ritgen S. 222.

[3]) vgl. Küntzel S. 844; Staudinger-Herzfelder S. 321; Planck-Ritgen S. 220; Hachenburg S. 710. A. M. Jäger, Erbenhaftung S. 27 Anm. 25 und Weißler S. 367 Anm. 4.

[4]) Der Miterbe muß dann seine anteilige Haftung durch Klage aus § 767 ZPO. zur Geltung bringen.

[5]) vgl. Staudinger-Herzfelder S. 321.

geleiteten Aufgebotsverfahren ausgeschlossen ist, und wenn dann die Teilung erfolgt.[1])

IV. Die Frage, wann der Nachlaß als aufgeteilt anzusehen ist, ist eine oft schwierige Tatfrage. Es kommt immer darauf an, ob der Nachlaß im wesentlichen geteilt ist; wenn also einerseits nur bezüglich einzelner Gegenstände eine Teilung vorgenommen ist, so liegt darin noch keine Teilung des Nachlasses, und andererseits gilt der Nachlaß als geteilt, wenn auch einzelne geringfügige Nachlaßstücke noch nicht geteilt sind.[2])

Wird im Prozeß unter den Parteien streitig, ob die Teilung[3]) erfolgt ist, so ist im Falle des § 2060 Ziff. 1 BGB. der Erbe beweispflichtig; denn er beruft sich darauf, daß die Teilung erfolgt sei, und daß der Kläger zu denjenigen Gläubigern gehöre, denen er infolge ihrer Ausschließung im Aufgebotsverfahren nach der Teilung nur anteilmäßig hafte.[4]) [5])

---

[1]) Auch hier kann der Miterbe seine nach § 2060 Ziff. 1 eintretende Teilhaftung durch Klage aus § 767 ZPO. gegenüber der Zwangsvollstreckung geltend machen.

[2]) vgl. Strohal S. 354f.; Planck-Ritgen S. 220; Jäger, Erbenhaftung S. 25 Anm. 13; Endemann, Erbrecht S. 507; Weißler S. 373f.; Küntzel S. 842; Neumann S. 510; Frommhold S. 108; Staudinger-Herzfelder S. 318; Wilke-Koffka S. 119; Böhm, Erbenhaftung S. 699 Anm. 40.

[3]) Ist die Größe des Erbteils bestritten, so trifft den Gläubiger die Beweislast.

[4]) vgl. Strohal S. 354; Planck-Ritgen S. 220; Staudinger-Herzfelder S. 319; Jäger, Erbenhaftung S. 27; Böhm, Erbrecht S. 415.

[5]) Um nach der Teilung des Nachlasses die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten nach dem Verhältnisse ihrer Erbteile herbeizuführen, ist den Miterben neben dem gerichtlichen Aufgebote im Anschluß an die Bestimmungen des preußischen Rechtes (ALR. I, 17 §§ 137ff.) noch ein einfacheres und billigeres Mittel durch das Privataufgebot des § 2061 BGB. gegeben (vgl. Prot. S. 877ff.; Denkschrift S. 283). Jeder Miterbe, auch der endgültig unbeschränkt haftende, kann die Nachlaßgläubiger öffentlich durch bestimmte Blätter auffordern, ihre Forderungen binnen 6 Monaten bei ihm oder bei dem Nachlaßgerichte anzumelden. Die Wirkungen dieses Privataufgebots sind jedoch bedeutend schwächere als die des gerichtlichen Aufgebots. Denn das in letzterem erlassene Ausschlußurteil bewirkt neben der anteiligen Haftung zugleich nach § 1973 BGB. eine Einschränkung der Erbenhaftung den ausgeschlossenen Gläubigern gegenüber, wobei allerdings Voraussetzung ist, daß der Erbe noch beschränkbar haftet. Das Privataufgebot dagegen hat lediglich die erstere Wirkung. Ein weiterer Unterschied liegt darin, daß vom gerichtlichen Auf-

§ 3.

Prozessuale Gestaltung.

Die Darstellung der prozessualen Entwicklung möchte ich anknüpfen an die Bekämpfung der unzutreffenden Auffassung des Inhaltes und der prozessualen Wirkung des § 2060 BGB., wie sie sich bei Jäger (Erbenhaftung S. 27) und Böhm (Erbrecht S. 415) findet. Beide sprechen von einer „Einrede der endgültigen Teilhaftung" und lehren, daß diese Einrede im Urteile vorbehalten werden muß.

Dies ist in zwei Beziehungen unrichtig: Erstens liegt in dem Vorbringen der Anteilhaftung nicht die Geltendmachung einer Einrede im Sinne des BGB.[1]), und zweitens ist ein Vorbehalt im Urteile zur Sicherung der späteren Geltendmachung der Anteilhaftung weder möglich noch notwendig.

I. Eine Einrede im Sinne des BGB., eine zivilrechtliche Einrede, ist ein Leistungsverweigerungsrecht, das der Schuldner dem Anspruche des Gläubigers, d. h. dem Rechte, eine entsprechende Leistung zu verlangen, entgegenstellt. Solange eine geforderte Leistung noch nicht wirksam verweigert ist, besteht der Anspruch des Gläubigers in voller Höhe und in voller Wirksamkeit. Die Existenz der Tatsachen, die das Einrederecht begründen, ist ohne Einfluß auf den Anspruch. Tatsachen, die einen Anspruch direkt kraft Gesetzes — ganz oder teilweise — erlöschen lassen, begründen niemals eine materiellrechtliche Einrede, sondern die Behauptung solcher Tatsachen ist eine Einwendung, eine Einrede im prozessualen Sinne.[2])

Wie liegt nun die Sache bei der Geltendmachung der Anteilhaftung?

---

gebote auch die den Miterben zur Zeit der Teilung bekannten Nachlaßverbindlichkeiten betroffen werden, während das Privataufgebot diesen gegenüber wirkungslos bleibt (§ 2061 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Vgl. hierzu Strohal S. 349; Planck-Mitgen S. 223; Staudinger-Herzfelder S. 323; Weißler S. 368; Böhm, Erbrecht S. 414; Jäger, Erbenhaftung S. 26; Bingner S. 612.

[1]) Daß sowohl Jäger als Böhm die Einrede in diesem Sinne, nicht in dem weiteren Sinne der prozessualen Einrede meinen, geht daraus hervor, daß sie die „Einrede der endgültigen Teilhaftung" aus § 2060 der „Einrede der einstweiligen Teilhaftung" aus § 2059 BGB. gleichstellen, die unbedingt (dagegen nur Binder Teil 3 S. 331) eine Einrede im Sinne des BGB., ein Leistungsverweigerungsrecht ist.

[2]) vgl. hierzu Hellwig, Lehrbuch S. 248 und Anm. 4 daselbst.

Hier handelt es sich um die Feststellung des Umfanges der Leistungspflicht des Erben, um die Feststellung der Höhe, in welcher der Erbe zu verurteilen ist. Seine Haftung ist durch den Eintritt gewisser Ereignisse materiell beschränkt worden; die Vorschriften des § 2060 BGB. greifen unmittelbar ein. Der Erbe erkennt keineswegs an, daß der Anspruch des Gläubigers gegen ihn in dem ganzen, vom Gläubiger behaupteten Umfange besteht, und behauptet nicht, daß er lediglich ein Recht zur Leistungsverweigerung habe. Er behauptet vielmehr, daß der Anspruch, den der Gläubiger vorher in voller Höhe gegen ihn, da er als Gesamtschuldner haftete, geltend machen konnte, durch den Eintritt der in § 2060 Ziff. 1 BGB. genannten Ereignisse in einer gewissen Höhe erloschen sei. Mit dem Momente der Teilung[1]) hat sich der Bestand der Forderung des ausgeschlossenen Gläubigers verändert; konnte er vorher den Anspruch als ganzen gegen jeden einzelnen Miterben als Gesamtschuldner erheben, so kann er jetzt nur noch jeden anteilmäßig belangen. Der Anspruch hat sich also in mehrere Teilansprüche gespalten, und macht jetzt der Gläubiger trotzdem gegen einen Miterben den ganzen Anspruch geltend, so ist der von diesem vorgebrachte Einwurf der Teilhaftung keine materiellrechtliche Einrede, kein Leistungsverweigerungsrecht im Sinne des BGB., sondern eine Einwendung, eine prozessuale Einrede.

Die Bedeutung dieser Feststellung zeigt sich evident im Verlaufe des Prozesses. Klagt nach der Teilung der ausgeschlossene Gläubiger gegen einen Miterben die ganze Leistung ein, und ergibt sich schon aus seinem klägerischen Vorbringen der zugunsten des Miterben erfolgte Eintritt der Teilhaftung gemäß § 2060 Ziff. 1 BGB., so ist der Miterbe, selbst wenn der Gläubiger die Verurteilung als Gesamtschuldner beantragt, nur anteilig zu verurteilen. Der Erbe hat nicht nötig, eine „Einrede" geltend zu machen.

Es ist demnach unrichtig, von einer „Einrede der endgültigen Teilhaftung" zu sprechen.[2])

II. Nach § 780 ZPO. muß zwecks späterer Geltendmachung die Beschränkung der Haftung dem Erben im Urteile vorbehalten werden.

---

[1]) bezw. dem Momente des nachher ergangenen Ausschlußurteils, vgl. oben S. 99 d. A.

[2]) vgl. auch Strohal S. 353 Anm. 14; Planck-Ritgen S. 220 f.; Endemann, Erbrecht S. 509 Anm. 13.

Daß der Ausdruck „Beschränkung der Haftung" nur im Sinne der §§ 1975—1992 BGB. gemeint ist, ist schon mehrfach betont worden und ergibt sich überdies aus § 786 ZPO. Mit dieser beschränkten Haftung hat die Anteilhaftung des § 2060 BGB. gar nichts zu tun, wie bereits oben[1]) hervorgehoben ist. Die beiden Arten der Haftung sind ihrer Natur nach vollständig verschieden und streng voneinander zu trennen. Hieraus ergibt sich für die prozessuale Behandlung, daß die anteilige Haftung nicht unter die für die beschränkte Haftung geltenden Vorschriften der §§ 780, 781 ZPO. fällt, daß also ein Vorbehalt der Anteilhaftung, wie ihn Jäger und Böhm annehmen[2]), nicht möglich ist. Die Geltendmachung der anteiligen Haftung ist vielmehr ebenso zu behandeln wie sonstige den Anspruch selbst betreffende Einwendungen, sie unterliegt also unmittelbar den allgemeinen Vorschriften der §§ 767, 769, 770 ZPO., d. h. sie ist in dem über die Nachlaßverbindlichkeit ergehenden Urteile selbst zu erledigen und später nur unter den Voraussetzungen des § 767 Abs. 2 ZPO. zu berücksichtigen. Für die Art der Geltendmachung ist maßgebend, ob die Voraussetzungen des § 2060 BGB. schon vor dem in § 767 Abs. 2 ZPO. bezeichneten Zeitpunkte, d. h. vor dem Urteile oder dem Ablaufe der Einspruchsfrist, eingetreten sind oder erst nachher. Bestanden die Umstände, welche die anteilige Haftung begründen, schon vor diesem Zeitpunkte, und ergibt sich dies entweder aus dem Vorbringen des Klägers, oder macht es der Miterbe durch Einwendung geltend, so ist der Erbe nur anteilig zur Leistung zu verurteilen. Hat der Kläger infolge mangelhafter Verteidigung des Erben ein auf Gesamthaftung lautendes Urteil erwirkt, so kann die Einwendung der Teilhaftung in der Zwangsvollstreckung nicht mehr vorgebracht werden. Sind dagegen die die Anteilhaftung begründenden Umstände erst nach Erlassung des Urteils bezw. nach dem Ablaufe der Einspruchsfrist eingetreten — worunter insbesondere der Fall gehört, daß das Urteil gegen den Erblasser ergangen und gegen

---

[1]) vgl. S. 94 f. d. A.

[2]) Während Böhm (Erbrecht S. 415) für die Sicherung der Geltendmachung der Anteilhaftung einen besonderen Vorbehalt neben dem der beschränkten Haftung für erforderlich hält, meint Jäger (Erbenhaftung S. 26), daß es eines zweiten Vorbehaltes nicht bedürfe, daß vielmehr die Einwendung der Teilhaftung durch den Vorbehalt der beschränkten Haftung mittelbar gewahrt werde.

die Erben für vollstreckbar erklärt worden ist[1]), sowie der Fall, daß das Ausschlußurteil erst nach der Teilung ergeht[2]) —, so kann der Erbe die Einwendung der anteiligen Haftung im Wege der Klage gegen das die gesamtschuldnerische Haftung aussprechende Urteil gemäß § 767 ZPO. geltend machen.

Es ergibt sich also daraus, daß zur Geltendmachung der später erwachsenden Einwendung der Teilhaftung seitens des Miterben ein Vorbehalt im Urteile nicht notwendig ist.[3])

---

[1]) vgl. oben S. 99 f. d. A.

[2]) vgl. oben S. 99 d. A.

[3]) vgl. Strohal S. 353; Eccius S. 815, 822; Staudinger-Herzfelder S. 321; Enneccerus-Lehmann S. 755; Hagen S. 139 Anm. 97; Neumann S. 509 f.; Gaupp-Stein Bd. 2 S. 430; Hachenburg S. 707.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.